Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia

Editor Académico
Hernando A. Hernández Q.

Ediciones Unibagué
Universidad de Ibagué

Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia

Editor Académico
Hernando A. Hernández Quintero

Ibagué, Colombia
2020

343.2
A838 Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia / Hernando A. Hernández Quintero, Carlos Ferney Forero Hernández, María Cristina Solano de Ojeda, Tatiana Vargas Nieto, Roby Andrés Melo Arias, Sandra Bibiana Vargas Castro, Adolfo Murillo Granados, Mónica Caicedo Lozada. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2020

176 páginas. 23 centímetros

ISBN Digital: 978-958-754-354-4

Descriptores: Responsabilidad administrativa y penal; Delitos financieros; Persona Jurídica; Responsabilidad de la persona jurídica.

Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Diciembre de 2020

© Universidad de Ibagué, 2020
Hernando A. Hernández Quintero, Carlos Ferney Forero Hernández, María Cristina Solano de Ojeda, Tatiana Vargas Nieto, Roby Andrés Melo Arias, Sandra Bibiana Vargas Castro, Adolfo Murillo Granados, Mónica Caicedo Lozada, 2020.

Recibido: Mayo de 2020
Aceptado: Julio de 2020
Publicado: Diciembre de 2020

Cómo citar esta obra: Hernández Quintero, H.A., Forero Hernández, C.F., Solano de Ojeda, M.C., Vargas-Nieto, T., Melo Arias, R.A., Vargas Castro, S.B., Murillo Granados, A. & Caicedo Lozada, M. (2020). *Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia.* Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué. doi: https://doi.org/10.35707/9789587543544

Dirección editorial: Ediciones Unibagué
ediciones.unibague.edu.co
publicaciones@unibague.edu.co
Universidad de Ibagué
Carrera 22, calle 67. Barrio Ambalá
Teléfono: +57 (8) 2760010
Ibagué, Tolima, Colombia.
www.unibague.edu.co

Diseño y diagramación
CMYK Diseño e Impresos S.A.S.
Tel: 311 5975 - 939 2635
Carrera 27B No. 70-17
Bogotá, D.C.

Tabla de contenido

Presentación 7

La responsabilidad administrativa y penal de la persona jurídica en los delitos socieconómicos: especial referencia a los delitos financieros y el lavado de activos
Hernando A. Hernández Quintero 11

La responsabilidad de la persona jurídica en el derecho administrativo sancionador tributario en Colombia
Carlos Ferney Forero Hernández 41

Es una necesidad actual sancionar penalmente a la persona jurídica en Colombia
María Cristina Solano de Ojeda 77

La función de control de la Superintendencia Financiera frente a las personas jurídicas vinculadas al bitcóin
Tatiana Vargas Nieto 99

Algunos aspectos de las sanciones penales de las personas jurídicas
Roby Andrés Melo Arias 119

Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el modelo español: caso práctico
Sandra Bibiana Vargas Castro 137

El debate sobre la responsabilidad penal de las entidades del sector salud (EPS e IPS) y de sus directivos por los daños causados a usuarios por la omisión y deficiencia en la prestación de servicios de salud
Adolfo Murillo Granados y Mónica Caicedo Lozada 151

Presentación

La responsabilidad penal de la persona jurídica ha sido uno de los temas más debatidos por la doctrina jurídica nacional e internacional. Así, se encuentran posturas radicales basadas en la teoría de la ficción, como la de Federico Carlos De Savigny, quien en su obra *Sistemas del derecho romano actual,* afirmó lo siguiente:

> Los delitos que hay costumbre de imputar a las personas jurídicas, se cometen siempre por sus miembros o por sus jefes, es decir, por las personas naturales, e importa poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de final al delito… (p. 107).

A la vez, agrega: "Castigar a la persona jurídica como culpable del delito, sería violar el principio fundamental del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado" (p. 107). Por esta vía se llegó a la fórmula apodíctica, que sostiene que *societas delinquere non potest*. Esta corriente se fundamenta en la idea de que la persona moral no tiene capacidad de acción, ni de culpabilidad, como tampoco de pena. Esta tesis cuenta aún en nuestros días con fervientes defensores como el profesor Miguel Bajo Fernández.

Esta concepción académica que, durante varios lustros campeó en el derecho penal, fue cuestionada por autores como Otto V. Gierke y Aquiles Mestre, quienes sostenían que no existía duda de que cuando se realizara un delito que pudiera endilgarse a uno de los representantes de la persona jurídica, no había motivo para no imputar al ente moral dicha responsabilidad penal, con la única advertencia de que la sanción por imponer debía ser acorde con su naturaleza, por ejemplo, de tipo pecuniario.

Esta teoría encontró hace varios años respaldo en Colombia en destacados juristas como Emiro Sandoval Huertas y Beatriz Acevedo Pinzón, y más recientemente, con tesis fundadas en el funcionalismo, en juristas como Yesid

Reyes Alvarado, Manuel Salvador Grosso García, Ángela María Buitrago Ruiz y Francisco Bernate Ochoa, entre otros, quienes fundamentan tal responsabilidad en los deberes negativos impuestos a la persona jurídica por el defecto en su organización o la ausencia de una cultura organizativa y, aún, en la vigilancia que deben ejercer sobre los actos de sus representantes.

En Colombia, el intento de regular legislativamente la responsabilidad penal de la persona jurídica se advierte desde 1888 en el Proyecto Porras. Más tarde, en la discusión del Proyecto de Código Penal que culminó con la expedición del Estatuto de 1980. En su comisión de 1978, el comisionado Luis Carlos Giraldo Marín revivió el tema con una extraordinaria ponencia que fue enterrada con el argumento de que el país aún no estaba maduro para avanzar en tal sentido.

De forma tímida, y podría decirse, por la puerta falsa, se inició en Colombia el proceso de reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, como se advierte en la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) que permite levantar el velo corporativo cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de la actividad criminal o, en la Ley 365 de 1997, que faculta la cancelación de la personería jurídica cuando se demuestra que el ente moral se ha dedicado en forma total o parcial al desarrollo de actividades criminales. Este criterio migró luego a la Ley 600 del año 2000 y actualmente se encuentra en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, adicionado por la Ley 1474 de 2011 y 1778 de 2016.

Ahora bien, en el proyecto de ley 235 de 1996, en que se creaba el seguro ecológico, se consagró, sin ambages, la responsabilidad penal de la persona jurídica. Al pronunciarse sobre las objeciones presidenciales, la Corte Constitucional en Sentencia C-320 del 30 de junio de 1998, declaró inexequible una parte en que se establecía la responsabilidad objetiva de la persona jurídica, pero advirtiendo que en la carta no existe una barrera que impida la responsabilidad penal de las personas morales.

Corregida esta equivocación por el Congreso, el proyecto se convirtió en la Ley 491 de 1999, que creó el artículo 247 B del Código Penal, que insistía en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos tipos penales. Esta norma se integró al Código Penal en vigencia en ese momento (Decreto 100 de 1980). La disposición fue declarada inconstitucional en Sentencia C-843 de 1999, por estimar el alto tribunal constitucional que se violaban los principios de legalidad, taxatividad y debido proceso. Con todo, la Corte reitera que las

personas jurídicas sí pueden cometer delitos, como lo había sentado en forma clara en la decisión de 1998.

Pues bien, todos estos temas controversiales fueron objeto del análisis que adelantaron los integrantes del Grupo de Investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué, por un dilatado período, en su línea de estudio del derecho penal económico. Ahora las registramos en este nuevo texto que, con afecto y respeto, sometemos a consideración de los estudiosos del tema.

Agradecemos sinceramente la participación en este esfuerzo intelectual de los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ibagué: María Cristina Solano de Ojeda, Carlos Ferney Forero Hernández, Tatiana Vargas Nieto y Hernando A. Hernández Quintero, al igual que a los profesores invitados: Mónica Caicedo, Adolfo Murillo Granados y Roby Andrés Melo, quienes, por su proverbial generosidad, forman parte fundamental de los proyectos académicos de nuestra Casa de estudios.

Especial reconocimiento para Martha Myriam Páez, directora de Ediciones Unibagué, y a su amable equipo de trabajo, por el apoyo incondicional para la revisión y edición de este texto.

Hernando A. Hernández Quintero
Profesor titular Universidad de Ibagué

La responsabilidad administrativa y penal de la persona jurídica en los delitos socioeconómicos: especial referencia a los delitos financieros y el lavado de activos

Hernando A. Hernández Quintero*

Introducción

Con el abandono del Estado liberal en el tránsito del siglo XVIII al siglo XIX, y el advenimiento del Estado de Derecho, con su característica especial de intervención del Estado en la economía, se hace evidente el interés por estudiar los comportamientos que afectan el orden económico social, es decir, aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos pertenecientes a la comunidad. En este propósito, la obra de Edwin Sutherland, conocida como *El delito de cuello blanco,* escrita en 1949, cambia el paradigma del derecho penal para dar mayor trascendencia a los delitos que tutelan el interés del grupo social frente a los intereses individuales.

Las primeras manifestaciones para enfrentar la delincuencia económica que se desarrolla, de forma preferente, desde las empresas o en beneficio y provecho de las mismas, se encuentran en el derecho administrativo sancionador

* Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y doctor por la misma Universidad. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Ciencia Política de la Universidad de Ibagué en convenio con la Universidad de Salamanca (España). Profesor titular de la Universidad de Ibagué. Docente de posgrado en las universidades Externado de Colombia, Libre de Colombia (Bogotá y Cali), Pontificia Bolivariana de Medellín e Ibagué. Integrante del Grupo de Investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. Investigador Senior de Colciencias. ORCID: 0000-0001-7366-3719. Correo electrónico: hahernandezq@hotmail.com

que consideraba que, a través de sanciones puramente administrativas, se podía combatir, en forma eficaz, estas conductas desviadas. Empero, el aumento desbordado de afectaciones al orden económico social, con la participación o la utilización de esquemas empresariales, ha llevado a muchos países a crear tipos penales en la esperanza de que se sancione adecuadamente estos punibles y se alcance la añorada prevención general que pregona el derecho criminal. Asimismo, cada vez más, los países consagran la responsabilidad penal de la persona jurídica por tales procederes.

Algunos autores, como Silva Sánchez, son del criterio de que tal determinación obedece, por regla general, a las exigencias de los convenios internacionales y la Unión Europea (UE), que reclaman que a los entes morales se les impongan sanciones "efectivas, proporcionadas y disuasorias" (Silva, 2013, p. 253). Con todo, hoy se aplican en los ordenamientos jurídicos en forma simultánea estas dos consecuencias punibles, sosteniéndose, en su mayoría, que las dos pertenecen al *ius puniendi* superior del Estado (Nieto, 1993; Zúñiga Rodríguez, 2017), sin que pueda soslayarse algunas críticas como la hipertrofia del derecho penal (Cáceres González, 2018) y la aplicación de principios propios del derecho penal, como la culpabilidad, al procedimiento administrativo sancionador, amén de la posible violación del principio del *non bis in ídem,* entre otras.

En Colombia, esta estrategia es fácilmente detectable en algunos delitos contra el orden económico social tipificados en el título X del Código Penal, sancionados también por el derecho administrativo sancionador, tales como la usura, la exportación e importación ficticia, la utilización indebida de información privilegiada, los delitos financieros, el contrabando y el lavado de activos, entre los más sobresalientes.

En la primera parte del presente trabajo efectuamos un análisis somero de las normas de derecho administrativo sancionador, que castigan los comportamientos mencionados en el párrafo anterior y en los cuales la consecuencia alcanza, sin ninguna dificultad, a la persona moral. Esto, para abordar, en un segundo acápite, su regulación penal y la propuesta de **responsabilizar por estos ilícitos no solo a la persona física, esto es, el autor material, sino a** la persona jurídica en cuyo nombre, favor o provecho se realiza, o que por organización defectuosa permite la realización de los mismos.

1. Comportamientos que afectan el sistema financiero y su represión desde el derecho administrativo sancionador, incluida la persona jurídica

Como se afirmó en párrafos anteriores, las diversas legislaciones han buscado siempre sancionar los comportamientos que afectan el orden económico social, en primera instancia por vía del derecho administrativo sancionador. Esta decisión obedece a la propia finalidad de dicha rama del derecho que persigue, según las palabras de Silva Sánchez (1999) "ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial)" (pp. 102-103), o como lo advierte Bustos Ramírez (1987) "adelantar el máximo la punibilidad, es decir, configurar una protección previa al bien jurídico" (p. 52).

De otra parte, es tarea reconocida del derecho administrativo sancionador, corregir, rápidamente, las desviaciones en los asuntos relacionados con el orden económico social, frente al derecho penal que busca sancionar comportamientos previamente tipificados como conductas punibles, es decir, proteger bienes jurídicos concretos en casos concretos y atendiendo a criterios de lesividad y peligrosidad concreta (Bajo Fernández, 2017).

De esta forma podemos encontrar que los delitos contra el sistema financiero consagrados en el Capítulo II, del Título X, del Estatuto de Penas, en los artículos 314 a 317 fueron previamente regulados por el derecho administrativo sancionador en los decretos 2388 de 1976; 3604 de 1981 y 1970 de 1979, y hoy se encuentran también en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993). Asimismo, el lavado de activos, en la modalidad de omisión de control, que hoy se regula en el artículo 325 del Código Penal, fue incluido inicialmente como norma administrativa, con su correspondiente sanción, en el Decreto 1872 de 1992, y más tarde, en mencionado Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En los casos citados, además de las sanciones que se imponen a las personas naturales, se amenazan consecuencias de orden institucional para las empresas desde donde se realizaron los comportamientos o que resultan beneficiadas con dichas actuaciones desviadas.

A continuación, efectuamos un recuento de la reglamentación administrativa comentada:

1.1. Decreto 2920 de 1982[1]

El Decreto 2920 de 1982, en el Capítulo III, en su artículo 22 indica que cuando el Superintendente Bancario (a partir del 2005 Superintendencia Financiera)[2], después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que estas han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá al establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional no menor de $500 000 ni mayor de $2 000 000, graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción. Estas sumas se ajustarán anualmente, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministra el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

Precisa también que las multas previstas podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento de la norma y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, 19 y 20 del Decreto 2920 de 1982, que corresponde a la sanción por los delitos consagrados en esa normatividad.

El artículo 23 del estatuto comentado sanciona a la persona física del director, gerente, revisor fiscal u otro funcionario o empleado de una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, que autorice o ejecute actos violatorios de los estatutos de la entidad, de alguna ley o reglamento, o de cualquier norma legal a que el establecimiento esté sujeto con multa hasta de $1 000 000 por cada vez, a favor del Tesoro Nacional.

Es importante, también, la facultad que se otorga al Superintendente Bancario para exigir la remoción inmediata del infractor y la comunicación de esta determinación a todas las entidades vigiladas. El valor de la multa se incrementará anualmente, en el mismo sentido y porcentajes en que varíe el índice de precios al consumidor (IPC) que suministre el DANE.

1.2. Decreto 1730 de 1991[3]

En el Capítulo II de la parte séptima del Decreto 1730 de 1991, se establece una serie de sanciones administrativas y la responsabilidad civil de las directivas de las entidades financieras que violen los estatutos de la entidad, la

[1] Esta norma fue proferida en desarrollo de la emergencia económica que decretó el Gobierno en razón de la crisis financiera de los años ochenta.
[2] Por medio del Decreto 4327 del 25 de noviembre de 2005 se fusionaron la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores en la Superintendencia Financiera.
[3] Conocido como el primer Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

ley o reglamento, que deben acatar en el ejercicio de su cargo. De esta forma, el artículo 1.7.1.2.1. (artículo 209 del Decreto 663 de 1993) que consagra el régimen general, expresa:

> Cuando cualquier director, gerente, revisor fiscal u otro funcionario o empleado de una entidad sujeta a la vigilancia del Superintendente Bancario, autorice o ejecute actos violatorios del Estatuto de la entidad, de alguna ley o reglamento, o de cualquier norma legal a que el establecimiento deba sujetarse, el Superintendente Bancario podrá sancionarlo, por cada vez, con una multa hasta de un millón de pesos (1 000 000) a favor del Tesoro Nacional. El Superintendente Bancario, podrá, además, exigir la remoción inmediata del infractor y comunicará esta determinación a todas las entidades vigiladas. Esta suma se ajustará anualmente, a partir de la vigencia del Decreto 2920 de 1982, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE.
> Las multas previstas, en este artículo, podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento de la norma y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1.7.1.1.1., 1.7.1.1.2. y 1.7.1.1.3., del presente estatuto[4]. (p. 447).

En cuanto a la responsabilidad institucional, el artículo 1.7.2.1.1. (artículo 209 del Decreto 663 de 1993) precisa que cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que estos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá al establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional no menor de quinientos mil pesos ($500 000) ni mayor de dos millones de pesos ($2 000 000) graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores. Estas sumas se ajustarán anualmente, a partir de la vigencia del Decreto 2920 de 1982, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el IPC que suministre el DANE.

Agrega la norma que las multas podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1.7.1.1.1., 1.7.1.1.2., y 1.7.1.1.3., de este estatuto[5], con lo cual se descarta una violación al principio del *non bis in ídem,* cuando coincide la sanción penal con la administrativa.

[4] Estos artículos recogen los delitos creados por el Decreto 2920 de 1982 en los artículos 18, 19 y 20.
[5] Estos artículos recogen los delitos creados por el Decreto 2910 de 1982, en los artículos 18, 19 y 20.

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-024 del primero de febrero de 1993, con ponencia del doctor Ciro Angarita Barón, dentro del expediente D-107, por considerar que el gobierno al dictarla hizo uso adecuado de sus facultades legales y constitucionales.

1.3. Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero)

Como se ha mencionado en precedencia, las sanciones administrativas por violación de las normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y, en general, en relación con las disposiciones a que deben someterse las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, se encuentran relacionadas, en los mismos términos del Decreto 1730 de 1991, en los artículos 209; 210; 211 y 212 del Decreto 663 de abril 2 de 1993, cuya vigencia inició el 2 de mayo de 1993.

Se reitera que estas disposiciones administrativas se aplicarán, sin perjuicio de las penas impuestas por el Código Penal, en los artículos 314, 315, 316 y 317, como delitos contra el sistema financiero. De esta forma, puede observarse en el artículo 209 del Decreto 663 de 1993, en torno a las sanciones administrativas:

> Art. 209. Sanciones administrativas: cuando cualquier director, gerente, revisor fiscal u otro funcionario o empleado de una entidad sujeta a la vigilancia del Superintendente Bancario autorice o ejecute actos violatorios del Estatuto de la entidad, o de cualquier norma legal a que el establecimiento debe sujetarse, el Superintendente Bancario podrá sancionarlo, por cada vez, con una multa hasta de un millón de pesos (1 000 000) a favor del Tesoro Nacional. El superintendente Bancario podrá, además, exigir la remoción inmediata del infractor y comunicará esta determinación a todas las entidades vigiladas. Esta suma se ajustará anualmente, a partir de la vigencia del Decreto 2929 de 1982, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el IPC que suministre el DANE.
>
> Las multas previstas en este artículo podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento de la norma y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 1.º 2.º y 3.º, del artículo 208 del presente estatuto[6].
>
> Par. Adicionado por la Ley 365 de 1997. Art. 21. Cuando los actos violatorios a que hace referencia el presente artículo recaigan sobre las disposiciones contenidas en el capítulo XVI de la parte tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la multa que podrá imponerse será hasta de cincuenta millones de

[6] Este artículo recoge los delitos creados por el Decreto 2920 de 1982, en los artículos 18, 19 y 20 y que luego se trasladaron al Decreto 1730 de 1991 y, posteriormente, al mencionado art. 208 del Decreto 663 de 1993. Hoy se encuentran en los artículos 214, 215 y 216 del Código penal en vigencia (Ley 599 de 2000).

pesos (50 000 000) a favor del Tesoro Nacional. Esta suma se reajustará en la forma prevista en el inciso primero del presente artículo[7].
Esta multa podrá ser sucesiva mientras subsista el incumplimiento de la norma y se aplicará sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar por cada infracción cometida.
Adicionalmente, el Superintendente Bancario podrá exigir la remoción inmediata del infractor y comunicar esta determinación a todas las entidades. (p. 447).

Ahora bien, en el Régimen Institucional se consagran en el Decreto 663 de 1993, en el artículo 211 las sanciones administrativas, en los siguientes términos:

Art. 211. Sanciones administrativas. 1. Régimen general: cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que estos han violado una norma de su estatuto o cualquiera otro legal a que deba estar sometido, impondrá al establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional no menor de quinientos mil pesos ($500 000) ni mayor de dos millones de pesos (2 000 000) graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores. Estas sumas se ajustarán anualmente, a partir de la vigencia del Decreto 2920 de 1982, en el mismo sentido, y por porcentaje en que varíe el IPC que suministre el DANE. Las multas previstas en este artículo podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento de la norma y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 1.º, 2.º y 3.º del artículo 208 del presente estatuto. (p. 448).

De otra parte, la Ley 365 de 1997, por la cual se crea, en forma autónoma el delito de lavado de activos y se incluye el nuevo delito de omisión de control, adicionó la norma comentada en precedencia en los siguientes términos:

Art. 22. Disposiciones relativas a la prevención de conductas delictivas. Cuando la violación a que hace referencia el numeral 1.º del presente artículo recaiga sobre las disposiciones contenidas en el capítulo XVI de la parte tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la multa que podrá imponerse será hasta de mil millones de pesos (1 000 000 000)[8].
Adicionalmente, el Superintendente Bancario podrá ordenar al establecimiento multado que destine una suma hasta de mil millones de pesos (1 000 000 000)

[7] Este aparte se refiere a las normas administrativas para prevenir, detectar y sancionar el lavado de activos.
[8] Se relaciona con normas atinentes a la prevención, detección y sanción del lavado de activos.

a la implementación de mecanismos correctivos de carácter interno que deberá acordar con el mismo organismo de control.
Estas sumas se reajustarán en la forma prevista en el inciso 1.º del presente artículo. (p. 448).

En torno a esta norma, se recuerda que la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-1161 del 6 de septiembre de 2000, declaró exequible la expresión *de alguna ley o reglamento*, pero advirtiendo que cuando se habla de reglamento, no debe entenderse —incluidos dentro de tal concepto— las circulares o conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria, pero sí aquellos expedidos por el Gobierno en desarrollo de las leyes marco previstas por el artículo 150-19, literal d de la Constitución.

En relación con las entidades cooperativas puede afirmarse que las sanciones de orden administrativo y personal por violación de la ley o los estatutos, se encuentran en la Ley 454 de 1998, que estableció el marco conceptual que regula la economía solidaria en Colombia. Así, podemos encontrar en el numeral 6.º del artículo 36 de la norma precitada, como una función de la Superintendencia de la Economía Solidaria:

> Imponer sanciones administrativas personales. Sin perjuicio de la responsabilidad civil a que haya lugar, cuando cualquier director, gerente, revisor fiscal u otro funcionario o empleado de una entidad sujeta a la vigilancia del Superintendente de la Economía Solidaria autorice o ejecute actos violatorios del estatuto de la entidad, de alguna ley o reglamento, o de cualquier norma legal a que el establecimiento deba sujetarse, el Superintendente de la Economía Solidaria podrá sancionarlo, por cada vez, con una multa hasta de doscientos (200) salarios mínimos a favor del Tesoro Nacional. El Superintendente de la Economía Solidaria podrá, además, exigir la remoción inmediata del infractor y comunicará esta determinación a todas las entidades vigiladas. Las multas previstas, en este artículo, podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento de la norma y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 1.º 2.º y 3.º, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. (p. 10).

En cuanto a las sanciones administrativas institucionales, se encuentran señaladas en el numeral 7.º del artículo 36 de la Ley 454 de 1998, como una de las responsabilidades a cargo de la Superintendencia de la Economía Solidaria, así:

> Imponer sanciones administrativas institucionales. Cuando el Superintendente de la Economía Solidaria, después de pedir explicaciones a los administradores o a los

representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que estos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá al establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional de hasta doscientos (200) salarios mínimos, graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores. Las multas previstas en este numeral podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento de la norma y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 1.º 20.º, y 30.º, del artículo 208 del presente estatuto. (p.10).

Finalmente, en el numeral 8 del artículo 36 de la multicitada Ley 454 de 1998, se autoriza al Superintendente de la Economía Solidaria ordenar la remoción de directivos, administradores, miembros de justas juntas de vigilancia, representantes legales, revisor fiscal y funcionarios o empleados de las organizaciones solidarias sometidas a su supervisión, cuando se presentan irregularidades que así lo ameriten.

1.4. Ley 795 de 2003 (por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones)

El 14 de enero de 2003, el presidente de la república sancionó la Ley 795, conocida como de reforma financiera, con la cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993). El artículo 45 de la normatividad sustituyó, en forma integral, la parte séptima del Estatuto mencionado en precedencia y reglamentó, sin lugar a dudas, en forma más técnica, el régimen sancionatorio aplicable en el sector financiero.

Así, en el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que antes se utilizaba para la definición de los hechos delictivos, ahora se establece las reglas generales aplicables en el Régimen Sancionatorio Administrativo aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, al igual que a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de estas.

De esta forma, se precisa que la facultad sancionatoria administrativa de la Superintendencia Bancaria (hoy Superfinanciera) debe guiarse por los principios de contradicción, proporcionalidad, amén de los principios orientadores de las actuaciones administrativas establecidos en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

Como un hecho novedoso, la norma precisa los criterios para graduar las sanciones administrativas, para lo cual indica, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con las atribuciones que le señala el presente Estatuto.
b) El beneficio económico que se hubiera obtenido para el infractor o para terceros, por la comisión de la infracción, o el daño que tal infracción hubiera podido causar.
c) La reincidencia en la comisión de la infracción.
d) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión de la Superintendencia Bancaria.
e) La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción, o cuando se utiliza persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos.
f) El grado de prudencia y diligencia con que hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
g) La renuencia o desacato por cumplir, con las órdenes impartidas por la Superintendencia Bancaria.
h) El ejercicio de actividades o el desempeño de cargos sin que se hubieran posesionado ante la Superintendencia Bancaria cuando la ley así lo exija.
i) El reconocimiento o aceptación expresos que haga el investigado sobre la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción a que hubiere lugar. Alineación. (p. 441).

En cuanto a las sanciones de carácter administrativo que puede imponer la Superintendencia Bancaria (hoy Superfinanciera), la norma en comentario (art. 208, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) precisa las siguientes:

a) Amonestación o llamado de atención.
b) Multa pecuniaria a favor del Tesoro Nacional. Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 209 de este Estatuto, la multa podrá ser hasta de ciento diez millones de pesos ($110 000 000) del año 2002. Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 211 de este Estatuto y no exista norma especial que establezca la respectiva sanción, la multa podrá ser hasta de quinientos cincuenta millones de pesos ($550 000 000) del año 2002.
c) Suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para el ejercicio de aquellos cargos en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria que requieran para su desempeño la posesión ante dicho organismo.
d) Remoción de los administradores, directores, representantes legales o de los revisores fiscales de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Esta sanción se aplica sin perjuicio de las que establezcan normas especiales.
e) Clausura de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior.

> Las sumas indicadas en este numeral se ajustarán anualmente, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el IPC suministrado por el DANE. Las multas pecuniarias previstas en este artículo podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó. (p.441).

En la parte Tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al establecer las normas relativas al funcionamiento de las instituciones financieras, se prescribe en el artículo 53, inciso 3.º, incisos a) y c) modificados por el artículo 8 de la Ley 795 de 2003, que la Superintendencia Financiera se abstendrá de autorizar la participación en la creación de entidades financieras de quienes hayan sido condenados por delitos financieros (capítulo segundo del Título X) y los sancionados por violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito.

El mandato contenido en el literal c) del inciso 3.º del artículo 53 a que nos hemos referido, y que prohíbe aceptar la participación de personas sancionadas por violación a los límites individuales de crédito en la Constitución de instituciones financieras, fue demandada ante la Corte Constitucional, corporación que, en Sentencia C-1062 de 2003, con ponencia del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, declaró su exequibilidad.

En el Capítulo III, de la Ley 795 de 2003, encontramos el Régimen Institucional, en el cual se precisan las sanciones por imponer a las instituciones financieras que vulneren el ordenamiento jurídico. Al respecto el artículo 211, precisa:

> Artículo 211. *Sanciones administrativas institucionales.*
> Régimen general. Están sujetas a las sanciones previstas en el presente Estatuto, las instituciones sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria cuando:
> a) Incumplan los deberes o las obligaciones que la ley les impone.
> b) Ejecuten o autoricen actos que resulten violatorios de la ley, de los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones.
> c) Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones, cuando dicho incumplimiento constituya infracción a la ley.
> Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones o sanciones a que haya lugar.
> Disposiciones relativas a la prevención de conductas delictivas. Cuando la violación

> a que hace referencia el numeral primero del presente artículo recaiga sobre las disposiciones contenidas en el Capítulo XVI de la Parte Tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la multa que podrá imponer será hasta de mil setecientos cuarenta y dos millones de pesos (1 742 000 000) de 2002. (p. 448).

Adicionalmente, el Superintendente Bancario podrá ordenar al establecimiento multado que destine una suma hasta de mil setecientos cuarenta y dos millones de pesos (1 742 000 000) de 2002 a la implementación de mecanismos correctivos de carácter interno que deberá acordar con el mismo organismo de control. Estas sumas se reajustarán en la forma prevista en el numeral 3 del artículo 208 de este Estatuto[9].

Como quiera que, por mandato del Decreto 4327 de 2005, la Superintendencia Bancaria se convirtió en la Superintendencia Financiera de Colombia, en el futuro es a esta entidad a la que corresponde la aplicación de las sanciones mencionadas en precedencia.

1.5. Legalidad del régimen sancionatorio administrativo

Los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero fueron demandados por inconstitucionalidad, por considerar el actor que el Decreto 663 de 1993, sustituido por la Ley 795 de 2003:

> Al establecer el régimen sancionatorio administrativo aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, vulneran el artículo 29 de la Carta Política, puesto que permiten al ente de supervisión establecer, mediante actos administrativos, conductas sancionables diferentes a las consagradas en la ley. (s.p).

La Corte Constitucional, en Sentencia C-860 de 2006, declaró exequibles las normas demandadas y aprovechó la oportunidad para aclarar la importancia de la intervención del Estado en la economía y evidenciar las diferencias entre el derecho penal común y el derecho administrativo sancionatorio. En razón a la importancia del planteamiento, transcribimos a continuación algunos apartes de la decisión:

> Debido a las finalidades propias que persigue, y a su relación con los poderes de gestión de la Administración, la jurisprudencia constitucional ha sostenido

[9] Se relaciona con la prevención, detección y sanción administrativa del lavado de activos.

> reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del *ius puniendi* estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara, el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal. En esa medida el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica. (s.p.).

2. Conductas que afectan el sistema financiero y que han sido consideradas como delitos. Su represión desde el derecho penal

Para enfrentar la crisis financiera que afectó al país en la década de los ochenta, el Gobierno Nacional declaró la Emergencia Económica (Decreto 2019 de 1982) y a su amparo expidió el Decreto 2920 del 8 de octubre de 1982, por medio del cual creó los delitos de Utilización indebida de fondos captados del público (art. 18); operaciones no autorizadas con accionista y asociados (art. 19) y la captación masiva y habitual de dineros (art. 20). Estas normas fueron trasladadas luego al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993, art. 208)[10] y con la aprobación del Nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), se ubicaron en los artículos 214, 215 y 216[11] de dicha normatividad. Los comportamientos que se sancionan con estas disposiciones son similares a las que el legislador sancionaba por vía administrativa a través de los Decretos 2388 de 1976, 3604 de 1981 y 1970 de 1979 y que luego se incorporaron al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En el Estatuto comentado se incorporó, también como delito financiero, la manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e intermediarios (art. 317 del Código Penal), figura que nació por la escisión del antiguo delito de pánico económico (art. 232

[10] Este estatuto estuvo incluido antes en el Decreto 1730 de 1991.
[11] Esta norma fue modificada por el artículo 1.º de la Ley 1357 de 2009.

del Código Penal de 1980), del cual se obtuvieron tres tipos penales: el agiotaje (art. 301); el pánico económico (art. 302) y el comentado 317.[12]

El delito de lavado de activos, por su parte, fue creado en nuestro país por medio del primer Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995), cuando el legislador, con el fin de cumplir lo acordado en la Convención de Viena de 1988, ensanchó la descripción de la figura de la receptación (art. 177 del Código Penal de 1980), con el fin de incluir algunos verbos rectores que permitieran sancionar conductas tendientes a dar apariencia de legalidad a los bienes provenientes de actividades ilegales.

Más tarde, por medio de la Ley 365 de 1997, se declaró la autonomía del delito de lavado de activos y se introdujo al Código Penal de 1980 el artículo 247 A, para sancionar dicho comportamiento. En la misma ley, se creó el artículo 247 B, que se denominó omisión de control, con el fin de sancionar penalmente a los funcionarios del sector financiero y cooperativo que omitan, voluntariamente, cumplir sus deberes de prevención y detección del lavado de activos que le ordena el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (artículos 103 y 104). Esto, con el propósito de dar apariencia de legalidad a bienes provenientes de conductas ilegales (Hernández, 2017).

Con la expedición del Código Penal del año 2000 (Ley 599), se creó, en el Título X *Delitos contra el orden económico social*, el Capítulo V, denominado *Lavado de activos*, y en los artículos 323 y 325, se ubicaron los comportamientos reseñados en el párrafo anterior (lavado de activos y omisión de control). Es de anotar que la omisión de control sanciona penalmente un comportamiento similar al reseñado como norma administrativa en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (artículos 102 a 107)[13] (Hernández, 2018).

3. La responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos financieros y la omisión de control del lavado de activos en Colombia

En los apartados anteriores hemos dejado claro cómo el derecho administrativo sancionador en Colombia persigue las infracciones financieras y la omisión de control relacionada con el lavado de activos, alcanzando tanto a los individuos como a las personas jurídicas para las cuales trabajan (entidades financieras o cooperativas). Lo anterior, sin que exista ninguna resistencia de la doctrina y la jurisprudencia para ello. No sucede lo mismo con la sanción penal para la

[12] Una mayor información sobre este tema puede encontrarse en el libro: Hernández Quintero, H. A. (2018). *Delitos económicos en la actividad financiera.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
[13] Esta norma fue modificada por el art. 3.º, de la Ley 1357 de 2009.

persona jurídica cuando esos mismos comportamientos son tipificados como delitos, pues se acepta, en forma pacífica, la pena por imponer al autor material. Pero cuando se propone la consecuencia punitiva para la persona jurídica renace la rancia fórmula de *societas delinquere non potest* que impulsara Federico Carlos De Savigny (Giraldo Marín, 1981), para oponerse a que la persona moral beneficiada con el comportamiento desviado sea alcanzada también por la pena.

Conocidas son las razones expuestas por los juristas para sostener la imposibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica, en forma especial las de carecer de capacidad de acción, de culpabilidad y de pena (Ruiz Sánchez, 2007; Castro Cuenca y Ramírez Barbosa, 2010), amén de la incapacidad para ser procesada (Bernate Ochoa, 2006). Estas consideraciones han ido cediendo en la medida en que los autores encuentran razones para señalar que esas limitaciones eran propias de un derecho penal creado para combatir delitos en los que primaba la actuación de los individuos y con afectaciones a bienes jurídicos particulares, amén de la urgencia de adaptar el derecho penal para perseguir comportamientos que afectan intereses jurídicos supraindividuales.

De la misma manera, teniendo en cuenta que benefician a entidades jurídicas que, en muchas ocasiones, son responsables de estas conductas en razón a su capacidad de "autoorganizar su propio comportamiento" (Reyes, 2008, p. 66), "deficiente organización" (Silva, 2013, p. 36; García Cavero, 2014; p. 91; Tolosa, 2015, p. 35), "defecto de organización permanente" (Nieto Martín, 2009, p. 180), "ausencia de cultura organizativa" (Araujo Granda, 2014, p. 31), "autoorganización en infracción de los roles que socialmente le corresponde" (García Cavero, 2008, p. 55), "su falta de vigilancia frente a sus órganos de administración o de los funcionarios de la entidad" y aún "por su culpabilidad propia" (Bajo Fernández, 2017, p. 97); o "la protección de bienes jurídicos y la autorregulación" (Caldas Botero, 2010, p. 290).

En esta dirección, las características especiales de los delitos que afectan el sistema financiero, incluido el lavado de activos, en los cuales el comportamiento delictual se desarrolla desde la persona jurídica (entidades financieras), que resulta beneficiada con tal comportamiento (usura; utilización indebida de fondos captados del público; captación ilegal de dinero; utilización de información privilegiada; manipulación fraudulenta de acciones y valores), o se utilizan empresas fachada para concretar el propósito ilícito (lavado de activos; captación ilegal de recursos; exportación e importación ficticia), ha conducido a que los países decidan sancionar la persona jurídica por vía penal, sin perjuicio de las consecuencias por el proceso administrativo sancionador que deben enfrentar.

La anterior aseveración encuentra respaldo en los sistemas de derecho penal del *common law,* que desde antiguo siguen el principio latino *societas delinquere potest* (Schaffler, 2018) y en algunas legislaciones del sistema continental europeo que han venido acogiendo este criterio. Por ejemplo, algunas son las de Francia y Suiza (Bajo Fernández, 2017), España a partir del 2010[14], la República Federal de Alemania (Tiedemann, 1985) y algunas de Latinoamérica como la de Ecuador[15], que sin ambages ha reconocido la responsabilidad penal de la persona jurídica. Además de otras, como la de Chile[16], Argentina[17] (Basílico y Hernández y Froment, 2018) y la de República Dominicana[18] que, en reformas recientes, han decidido sancionar la persona jurídica por conductas que afectan el orden económico, aún sin reformar la parte general de sus estatutos penales, como resultaría aconsejable.

En el caso colombiano, se ha intentado seguir este camino pero no ha contado con suerte en las comisiones preparatorias de los estatutos penales. En otras ocasiones, la Corte Constitucional, a pesar de estar de acuerdo con la responsabilidad de la persona jurídica por hechos delictuales, ha sugerido que, en guarda del principio de legalidad, las conductas que se quieren endilgar a la persona jurídica deben estar predeterminadas, al igual que las sanciones a que se harían acreedores por ellas. Asimismo, la corporación recomienda crear el procedimiento adecuado para facilitar su juzgamiento.

El primer intento de aceptar la responsabilidad penal de la persona jurídica corresponde con el proyecto de Estatuto Penal que presentó el Consejero de Estado Demetrio Porras en 1888, en el que se pretendió incluir en la parte general, pero fue rechazada por el Consejo de Estado debido a la falta de compatibilidad con la realidad nacional (Schaffler, 2018). Luego, en el anteproyecto de 1978 del Código Penal que culminó con la expedición del Estatuto de 1980 en Colombia (Decreto 100), se propuso en el artículo 360 la responsabilidad

[14] Artículo 31 Bis, introducido por el apartado cuarto del artículo único de la L. O. 5/2010. Debe tenerse en cuenta la incorporación de algunas disposiciones sobre el tema con la L.O. 1/2015.

[15] Art. 41 del Código Integral Penal, con vigencia desde el 10 de agosto de 2014: "En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una activad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas".

[16] Ley 20.393, modificada mediante la Ley 21.121.

[17] Artículos 304 y 313, relacionados con los delitos contra el orden económico financiero, Título XIII, del Código Penal.

[18] Art. 8, Ley 155-17.

penal de la persona jurídica cuando los delitos contra el orden económico social fueran cometidos a nombre o en beneficio de ella, y las penas por imponer serían las accesorias establecidas en el artículo 358.

Esto es, cancelación de nombre, enseña, marca; prohibición de actuar como proveedor o vendedor de entidades públicas; prohibición de obtener licencias de importación o exportación; prohibición de ejercer el comercio por cinco años; intervención de la empresa; cierre del establecimiento; disolución o liquidación.

El artículo 360 preceptuaba:

> Penas aplicables a las personas jurídicas: cuando un representante, directivo, administrador o dependiente de una persona jurídica de derecho privado, cometa alguno de los delitos previstos en este título y en los capítulos segundo y tercero del Título V[19], con los medios que para tal objeto la misma entidad le proporcione, de modo que se entienda cometido a nombre o en beneficio de ella, las penas accesorios previstas en el artículo 358 se impondrán a la persona jurídica, la cual, además será condenada solidariamente al pago de la multa señalada para el delito y a la indemnización a que hubiere lugar, sin perjuicio de la pena que corresponda al autor o participe de este. (Giraldo Marín, 1981, p. 233).

En la sesión del 7 de junio de 1979 (acta n.° 25), el doctor Luis Carlos Giraldo Marín presentó una extensa ponencia a la Comisión en la que sustentaba la conveniencia de regular en el Código Penal la responsabilidad penal de la persona moral. Después de un vasto recorrido histórico sobre el debate, en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica, el ilustre comisionado enfrenta con éxito cada una de las objeciones a la posibilidad de que los entes morales puedan ser llamados a responder por los actos de los órganos que la conforman y que actúan en su nombre. Desde luego, insiste en que en los delitos financieros es necesario contar con este tipo de responsabilidad y para ello se apoya en el salvamento de voto del doctor Miguel Lleras Pizarro a un fallo del Consejo de Estado del 15 de febrero de 1978, en el cual precisó:

> Se afirma, sin necesidad para los fines de la decisión, que las personas morales o jurídicas no delinquen o no pueden delinquir. Esta tesis está revaluada en todo ámbito del derecho penal contemporáneo. Desde hace más de treinta años se

[19] Se refiere a los delitos contra el orden económico social (Título VII) y los delitos contra la seguridad pública (Título V, delitos contra la seguridad pública; Capítulo segundo: de los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones; capítulo tercero: los delitos contra la salud pública).

> encuentran ensayos y también tratados sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin esta doctrina sería imposible aplicar la abundante legislación sobre el derecho penal financiero en Colombia y en todo el mundo occidental. Para no mencionar sino una, recuérdese la obra ya citada de Aftalión. (Giraldo Marín, 1981, pp. 479-480).

En la ponencia comentada, el comisionado Giraldo Marín, siguiendo de cerca los autorizados comentarios del profesor Enrique R. Aftalión, explica la importancia del dirigismo económico y de la intervención del Estado en la economía. De lo anterior concluye que el auge insólito de la delincuencia económica ha confirmado la creencia de varios autores sobre la necesidad de insertar en el Código Penal algunas figuras que se encuentran en otras legislaciones en las que no ha tenido mucha eficacia (Giraldo Marín, 1981, p. 482).

En apoyo a su tesis de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia, el doctor Giraldo Marín señala que, desde la Ley 66 de 1968, que regula las actividades de la urbanización, se sanciona con prisión de dos a seis años, a quienes, sin estar inscritos ante la Superintendencia Bancaria anuncien o desarrollen dichas actividades y que el artículo quinto de dicha normativa permite sancionar por tal comportamiento a los representantes legales. Expresa la disposición citada: ¿mejorar espacio?

"Cuando se trate de personas jurídicas, incurrirán en las sanciones previstas en los incisos anteriores, sus REPRESENTANTES LEGALES y los miembros de la administración que hayan permitido o consentido la infracción" (Giraldo Marín, 1981, p. 495).

Para culminar, el comisionado Giraldo Marín propone que en la parte general del Código Penal se consagre una norma que permita la responsabilidad penal de la persona jurídica y sugiere las siguientes fórmulas:

> a) Los hechos punibles imputables a las personas jurídicas se determinarán en la parte especial.
> b) Los casos de culpabilidad de las personas jurídicas se fijarán en la parte especial.
> c) La persona jurídica de derecho privado será sancionada con las penas respectivas, cuando su representante, directivo, administrador o dependiente, incurra en algunos de los delitos previstos en los títulos…. Capítulos…., con los medios que para tal objeto la misma entidad le proporciones [sic], de modo que se entiende cometido a nombre o en beneficio de ella. (Giraldo Marín, 1981, p. 499).

El doctor Federico Estrada Vélez, quien, sin lugar a dudas, tuvo una gran incidencia en la Comisión Revisora del Proyecto de Código en 1979, luego de aceptar la importancia de las personas jurídicas en la sociedad y su utilización para "maniobras y prácticas inmorales y corrompidas" (Giraldo Marín, 1981, p. 506), expuso con vehemencia su tesis sobre la imposibilidad en el momento de incluir a la persona moral como responsable de hechos delictivos. Sus argumentos fueron los tradicionales esbozados por la doctrina tales como la reconocida eficacia del derecho administrativo sancionador; la posibilidad de aplicar indebidamente la responsabilidad objetiva en materia penal a la persona jurídica; la sanción a los pequeños accionistas que no controlan los órganos de poder de la sociedad; la incapacidad de culpabilidad, toda vez que se centra en las teorías propias del causalismo (Giraldo Marín, 1981).

La posición comentada contó con el respaldo del comisionado Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, quien argumentó:

> Aunque admiro el propósito muy noble de la comisión encargada de la redacción del proyecto final, considero que el país no está maduro para recibir una legislación sobre esta materia (…) De tal manera, soy partidario de que prescindamos de tratar esta materia. El país necesita unos años más de desarrollo de legislación comercial, mayormente frente al caudal de problemas económicos ambulantes, transitorios y cambiantes que estamos observando todos los días y que no nos permiten, infortunadamente, definirnos en materia penal. (Giraldo Marín, 1981, p. 521).

De esta forma, se enterró la propuesta del comisionado Giraldo Marín que, como lo señalaron los juristas que revisaron el proyecto, debe retomarse en el futuro. Podríamos preguntar si tal vez es este el momento histórico para ello.

En cuanto a la posición de la Corte Constitucional en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica, se anota que de manera clara y precisa ha sentado su posición de que dicha responsabilidad es perfectamente válida, siempre y cuando se cumplan algunos principios que la parte general del Código Penal establecen, tales como la legalidad y la certeza. Al respecto veamos en forma somera sus pronunciamientos:

En el proyecto de ley 235 de 1996 Senado-154 de 1996 Cámara, "por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones", en el artículo 26 se creó el artículo 247 B (Código Penal de 1980) en el cual se dispuso:

> **Personas jurídicas.** Para los delitos previstos en los artículos 189, 190, 191 y 197 y en el capítulo anterior, en los eventos en que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multas, cancelación del registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones, podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva. Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente, se presumirá la responsabilidad objetiva de la persona jurídica. (s.p.).

Como puede observarse, en la disposición se establece la responsabilidad de los órganos de administración tanto por su actuar, como por la omisión de sus deberes, aceptando la tesis de que estos entes tienen capacidad para obrar como la persona natural.

El proyecto fue objetado por el presidente de la república por vicios de constitucionalidad y de inconveniencia. El Congreso aceptó algunas de las objeciones y rechazó otras, razón por la cual conoció del tema la Corte Constitucional. Esta corporación en Sentencia C-320 de treinta de junio de 1998[20] declaró infundadas las objeciones al artículo 26 del proyecto, "salvo en lo que se refiere a la expresión 'objetiva' que se declara inexequible" (Corte Constitucional p. 10).

Lo que queremos resaltar de la decisión de la alta corporación es su convicción que la persona jurídica sí puede ser sometida a la jurisdicción penal cuando con sus actuaciones actualiza las normas del estatuto represor, sin que se viole por ello mandatos constitucionales. Así lo afirma la sentencia:

> La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución política singular barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. (p. 21).

Destaca también la sentencia de que es precisamente en los delitos contra el orden económico social donde resulta de mayor urgencia aceptar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Afirma el pronunciamiento:

[20] Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

> En el campo de ciertos delitos la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas, resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad. Es el caso de **los delitos vinculados con el lavado de dinero proveniente del enriquecimiento ilícito, de los delitos financieros que afectan a los pequeños ahorradores, de los delitos de peligro común o que puedan causar grave perjuicio para la comunidad, de los delitos que amenacen el medio ambiente o causen daños en él, de los delitos cometidos contra los consumidores etc.** En una economía denominada por los grandes capitales, las acciones sociales gravemente desviadas no pueden siempre analizarse a partir del agente individual… (El subrayado me pertenece). (p. 7).

Con posterioridad a la decisión comentada, el Congreso de la República aprobó eliminar del proyecto de ley la expresión declarada inconstitucional[21] y remitió el expediente a la Corte Constitucional, corporación que, mediante Sentencia C-674 de noviembre 18 de 1998[22], declaró exequible los artículos 21 y 26 de la norma en estudio.

Una vez sancionada la Ley 491 de 1999, "Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones" y en la cual se repite la disposición que ya había analizado esa corporación al estudiar las objeciones presidenciales, la ciudadana Marcela Adriana Rodríguez Gómez, demanda el artículo 26 de dicha norma por considerar que vulnera el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, especialmente por no establecer un procedimiento para facilitar la imposición de las sanciones a los órganos de las personas jurídicas que, conforme al tipo penal que se crea, se estime como autores materiales por acción o por omisión.

En Sentencia C-843 del 27 de octubre de 1999[23], la Corte Constitucional declara inexequible el artículo 26 de la Ley 491 de 1999 por estimar que la norma acusada desconoce el principio de legalidad, pues las penas no están claramente determinadas. Asimismo, se reprocha que la norma no cuenta con una verdadera definición de una conducta típica. También acoge la decisión los criterios de la demanda por no establecer la disposición un procedimiento para aplicar la sanción a la persona jurídica.

A pesar de la declaratoria de inexequibilidad, lo importante es señalar que la Corte Constitucional aclara que su decisión no implica un cambio de criterio

[21] La Cámara el 13 de octubre de 1998 y el Senado el 2 de septiembre de 1998.
[22] Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
[23] Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

en cuanto a que, en su sentir, las personas jurídicas sí pueden cometer delitos. Afirma el alto tribunal constitucional:

> La Corte precisa que la declaración de inexequibilidad del artículo 26 de la Ley 491 de 1999 no implica, en manera alguna, un cambio de jurisprudencia en relación con las sentencias C-320 de 1998 y C-674 de 1998, que señalaron que la ley podía imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que estas pueden ser sujetos activos de distintos tipos penales, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional, como el medio ambiente. Sin embargo, la promulgación de esos tipos penales debe respetar el principio de legalidad, por lo cual, deben aparecer claramente predeterminadas las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas. La inconstitucionalidad de la disposición acusada deriva entonces de la indefinición de esos aspectos, pero no implica ninguna modificación de la doctrina constitucional desarrollada en esas sentencias, pues nada en la Constitución se opone a que la ley prevea, en ciertos casos, formas de responsabilidad penal de las personas jurídicas[24]. (p. 13).

4. Proyecto de ley para establecer en Colombia la responsabilidad penal de las personas jurídicas

El procurador general de la Nación y el ejecutivo, por medio de sus ministros de Gobierno y de Justicia y del Derecho, presentaron en el 28 de agosto de 2018, el proyecto de ley al que se le asignó el número 117: "Por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones".[25] En el artículo 21 de la propuesta se adiciona al Libro I del Código Penal, el Título V, que crea la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En el artículo 100 A, se prescribe que las personas jurídicas de derecho privado responderán penalmente por los delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, contra la administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada y por todos aquellos delitos que afecten el patrimonio público.

---

[24] Este criterio lo había expresado también en la Sentencia C-559 del 4 de agosto de 1999, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, al señalar: "Por último, la Corte precisa que esta declaración de inexequibilidad deriva de la ambigüedad de la descripción penal, pero no implica en sí misma un cuestionamiento a la posibilidad de que se penalicen conductas ligadas al contrabando, sean estas adelantadas por personas naturales o personas jurídicas".

[25] Congreso de la República, Gaceta No. 631, Año XXVII, 31 de agosto de 2018, p. 13.

Se aclara en el artículo 100 B, que para que la persona jurídica responda por el ilícito, este debe ser cometido en su interés o para su provecho, por sus representantes legales, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión. Esto, siempre y cuando se establezca que los anteriores delitos se concretaron por el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión. Se exonera entonces de responsabilidad a la persona moral cuando los órganos anteriores cometan el delito en exclusiva ventaja propia o a favor de un tercero.

El artículo 100 C declara que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la de las personas naturales que participen en el punible.

Los artículos 100 D y 100 E consagran las circunstancias atenuantes agravantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se destaca como circunstancia que aminora la punibilidad, la adopción por parte del ente moral, antes de presentarse el ilícito, de un programa de ética empresarial, modelo que es definido en el artículo 100 F.

A partir del artículo 100 G se regulan las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas por la comisión de conductas punibles en su favor o provecho, las cuales son: la multa; la remoción inmediata de administradores, directores y representantes legales; la prohibición de ejercer determinada actividad económica o celebrar determinada clase de actos o negocios jurídicos: prohibición de celebrar actos y contratos con las entidades del Estado o donde tenga participación; pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de estos por un período determinado; cancelación de la persona jurídica y su inscripción inmediata en el respectivo registro. Se exceptúa a las empresas del Estado o las privadas que presten un servicio esencial. En los artículos siguientes se específica en qué consiste cada una de las sanciones comentadas.

Por último, es importante resaltar que en el artículo 22 de la ley se ordena adicionar la Ley 906 de 2004 para regular allí el debido proceso de la persona jurídica, con lo que se busca superar una de las causas por las cuales la Corte Constitucional declaró inexequible la responsabilidad penal de la persona jurídica que se intentó con la Ley 491 de 1999.

La propuesta legislativa recibió algunas críticas de la doctrina, en especial, por carecer de argumentos para soportar la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica (De la Vega Martinis, 2019).

Pues bien, este completo proyecto para sancionar penalmente a la persona jurídica se hundió en el Congreso de la República, sin discutirlo, en la legislatura de 2019, siguiendo la suerte de todas las demás iniciativas que buscaban enfrentar la corrupción en nuestro país, a pesar del inmenso respaldo que habían recibido en él la consulta popular que votó el país en el año 2018.

Con todo, el tema actualmente es objeto de discusión en el Congreso de la República, toda vez que en el primer debate en la Comisión Primera del Senado del proyecto de ley número 05 de 2019 Senado y 010 de 2019 Cámara: "Por medio del cual se adoptan medidas en materia penal y administrativa en contra de la corrupción y se dictan otras disposiciones", se aceptó una proposición aditiva para incluir en la iniciativa los artículos que crean la responsabilidad penal de la persona jurídica, en términos muy cercanos a los que traía el proyecto 117 de 2018, que como se anotó en párrafos anteriores, fracasó en la legislatura de 2019.

5. Consideraciones finales

Como se indicó desde los inicios del presente escrito, la doctrina ha sido mayoritaria en reconocer que es, justamente, en los delitos que afectan el orden económico social en donde más se utiliza a la persona jurídica para la comisión de delitos de alto impacto y en algunas ocasiones reconocidos como de alcance transnacional, como sucede con el lavado de activos. Por ello, algunos expositores piensan que la responsabilidad penal de la persona jurídica "es un asunto central en el derecho penal económico" (Díaz Cortés, 2006, p. 86).

En esta dirección, George G. Gómez de Magalháes (2018) sostiene que si bien el derecho penal brasileño no acepta la responsabilidad penal de la persona jurídica:

> La Constitución Federal de 1988, por otra vía más contemporánea y actual, ante la creciente criminalidad económica y ambiental, no podía dejar de valorar en su ámbito la realidad vivenciada en la sociedad, tal lo expuesto en sus arts. 173, párr.. 5.º; y 225, párr. 3.º, verbis; (p. 82).

De otra parte, es una realidad que las convenciones internacionales y las recomendaciones de instituciones multilaterales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a la que recientemente Colombia ingresó, han fijado como regla de oro la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas (Nieto, 2009).

De esta forma, ante el derrumbe del apotegma *societas delinquere non potest*, por las razones aquí expuestas y el grado de madurez que el país ha alcanzado en materia penal, superando así el mayor obstáculo que los redactores del Código Penal de 1980 encontraron para negar la sanción penal de la persona jurídica, además del riesgo que de un momento a otro alguna convención internacional o un organismo multilateral nos imponga la obligación de incluir en nuestro ordenamiento jurídico, en forma apresurada, la responsabilidad penal de estos entes morales.

Estimo que debemos discutir de manera urgente y seria la redacción de las normas pertinentes sobre el tema de estudio y dejar de abrir puertas traseras para ingresar la figura, como acontece, sin lugar a dudas, con el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, adicionada por las leyes 1474 de 2011 y 1778 de 2016, que permiten la suspensión y cancelación de la personería jurídica o el cierre temporal o definitivo de locales o establecimientos abiertos al público de las personas jurídicas, cuando se dedican total o en forma parcial al desarrollo de actividades delictivas, en aquello que algunos han considerado como una consecuencia accesoria del delito y que, a nuestro juicio, constituye una verdadera pena.

Con todo, sugerimos que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sea establecida en Colombia para todas las conductas punibles, sino para aquellas en las que es evidente la posible participación de estos entes, especialmente, como se ha acreditado a lo largo de esta contribución, en los delitos que lesionan o ponen en peligro el orden económico social.

Referencias

Araujo Granda, M. P. (2014). *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal.* Quito: Corporación de estudios y publicaciones CEP.

Bajo Fernández, M. (2017). *Derecho penal, persona jurídica y delito de blanqueo de capitales.* Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

Basílico, R. A., Hernández Quintero, H. A., y Froment, M. C. (2018). *Delitos contra el orden económico y financiero,* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario y Editorial Astrea.

Bernate Ochoa, F. (2006). *Estudios de derecho penal económico.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Bustos Ramírez, J. (1987). *Los delitos contra la hacienda pública.* Madrid: Editorial Tecnos, A.A.

Cáceres González, E. (2018). *Derecho penal y derecho administrativo sancionador, elementos de recionalidad legislativa.* Bogotá: UniAcademia Leyer.

Caldas Botero, L. F. (2010). Globalización y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a las empresas. En J. Bernal Cuéllar (Ed.), *Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 267-303). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Castro Cuenca, C. G., y Ramírez Barbosa, P. A. (2010). *Derecho penal económico, Parte general,* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Colombia. Ley 66 de 1968. Por la cual se regulan las actividades de urbanización, construcción y crédito para la adquisición de viviendas y se determina su inspección y vigilancia.

Colombia. Ley 190 de 1995. Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

Colombia. Ley 235 de 1996. Por la cual, se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Ley 365 de 1997. Por la cual establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Ley 454 de 1998. Por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones.

Colombia. Ley 491 de 1999. Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal.

Colombia. Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Colombia. Ley 795 de 2003. Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Colombia. Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Colombia. Ley 1778 de 2016. Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.

De La Vega Martinis, O. H. (2019). ¿Responsabilidad penal de la persona jurídica? Comentario al proyecto de Ley 117 de 2018 (Gaceta del Congreso, año XXVII, No. 631, agosto de 2018). *Nuevo foro penal,* (92), 342-345.

Decreto 2388 de 1976. (06 de diciembre de 1976). *Diario oficial,* (34689). Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1445221

Decreto 1970 de 1979. (17 de septiembre de 1979). *Diario oficial,* (35350). Recuperado de http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1378984

Decreto 100 de 1980. (20 de febrero de 1980). *Diario oficial,* (35461). Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1705120

Decreto 3604 de 1981. (05 de enero de 1982). *Diario oficial,* (35917). Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1783646#:~:text=DECRETO%203604%20DE%201981&text=Por%20el%20cual%20se%20dicta%20disposiciones%20en%20materia%20financiera.,-Estado%20del%20documento

Decreto 2919 de 1982. (29 de octubre de 1982). *Diario oficial,* (36120). Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1877002

Decreto 2920 de 1982. (29 de octubre de 1982). *Diario oficial,* (36120). Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1877027

Decreto 1730 de 1991. (04 de julio de 1991). *Diario oficial,* (39889). Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1338954

Decreto 1872 de 1991. (30 de julio de 1991). *Diario oficial,* (39940). Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1753283

Decreto 663 de 1993. (05 de abril de 1993). *Diario oficial,* (40820). Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1142040

Díaz Cortés, L. M. (2006). "Societas delinquere potest". Hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico. *Derecho penal contemporáneo,* (17), pp, 78-114.

García Cavero, P. (2008). *La persona jurídica en el derecho penal.* Lima: Geijley.

García Cavero, P. (2014). *Criminal Compliance.* Lima: Universidad de Piura, Palestra.

Giraldo Marín, L. C. (1981). *Actas del nuevo Código Penal colombiano. Parte Especial,* Volumen II, Bogotá: Colección pequeño foro.

Gomes De Magalháes, G. G. (2018). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero.* Montevideo-Buenos Aires: B de F.

Hernández Quintero, H. A. (2017). *El lavado de activos.* Cuarta edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Hernández Quintero, H. A. (2018). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Octava edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Nieto, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador.* Madrid: Tecnos.

Nieto Martín, A. (2009). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. En A. Nieto Martín y O. Mejía Patiño (Eds.), *Estudios de Derecho Penal Económico* (pp. 171-204). Ibagué: Universidad de Ibagué, Universidad de Castilla-La Mancha.

Ossa Arbeláez, J. (2000). *Derecho administrativo sancionador.* Bogotá: Legis.

Reyes Alvarado, Y. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho penal contemporáneo,* (25), pp. 43-66.

Ruiz Sánchez, G. L. (2007). La responsabilidad penal de las personas jurídicas, En H. A. Hernández Quintero (Ed.), *Cuadernos de derecho penal económico* (63-90). Ibagué: Universidad de Ibagué.

Ruiz Sánchez, G. L. (2009). Tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. En H. A. Hernández Quintero (Ed.), *Cuadernos de derecho penal económico* (pp. 55-87), Ibagué: Universidad de Ibagué.

Savigny, F. Ch. (1839) *Sistema de Derecho Romano*. Madrid, Editorial Góngora

Shaffler, M. (2018). La responsabilidad penal de las empresas: diagnóstico y alternativas en Colombia. En D. F. Tarapués Sandino y A. Murillo Granados (Coords.), *Contribuciones al derecho contemporáneo, Tomo II Punitivismo y garantismo penal* (pp. 191-241). Cali, DIKE S.A.S: Editorial Universidad Santiago de Cali.

Sentencia C-320. (1988). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-024. (1993). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Varón.

Sentencia C-320. (1998). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-674. (1998). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-843. (1999). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-1161. (2000). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-1062. (2003). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-860. (2006). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del derecho penal.* Madrid: Civitas.

Silva Sánchez, J. M. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español. En J. M. Silva Sánchez (Director), R. M. Montaner Fernández (Coordinador), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (p.p. 15-42), Barcelona: Atelier.

Silva Sánchez, J. M. (2013). *Derecho penal de la empresa.* Madrid: Editorial B de F y Edisofer S. J. Libros jurídicos.

Tiedemann, K. (1985). *Poder económico y delito.* Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Tolosa Russi, D. (2015). Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en Colombia. *Derecho penal y criminología*, *XXXVI*(100), pp. 13-43.

Zúñiga Rodríguez, L. (2017). Delitos medioambientales y responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Posada Maya, R., Velásquez Velásquez, F. & Correa Flórez, M.C. (Coords.). *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia* (pp. 217-248). Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Sergio Arboleda y Grupo Editorial Ibáñez.

Responsabilidad de la persona jurídica en el derecho administrativo sancionador tributario en Colombia[1]

Carlos Ferney Forero Hernández[*]

En los temas económicos se va a verificar, igualmente, cierta expansión del concepto de policía en la medida en que se entiende que existe también un cierto orden en el desenvolvimiento económico y que, cuando este se altera, por diversos acontecimientos, deben intervenir las autoridades para restablecerlo en beneficio de los habitantes de un país, o de los consumidores como un sector sensible de la población. Jurídicamente esta ampliación permite el empleo de los poderes policivos y favorece el acudir a los medios de policía con dicho propósito.
(Jaime Vidal Perdomo, 2004, p. 264)

Presentación

En esta oportunidad abordaré el tema *Responsabilidad de la persona jurídica en el derecho administrativo sancionador tributario en Colombia*. Es uno de los tantos temas que vincula el derecho administrativo sancionatorio con el derecho tributario, de ahí la denominación *derecho administrativo sancionador tributario*. El objetivo de esta contribución es presentar a la comunidad académica un análisis sobre la responsabilidad de la persona jurídica en el derecho administrativo sancionador tributario en Colombia, para concluir que no es conveniente castigar a dicha persona a través del sistema subjetivo (responsabilidad con el estudio de factores como el dolo o la culpa), sino con el sistema

[1] El presente texto corresponde con la ponencia presentada por el autor en las XI Jornadas de Derecho Penal Económico celebradas en la Universidad de Ibagué el 11 de septiembre de 2019.

[*] Abogado de la Universidad de Ibagué. Contador Público, de la Universidad San Martín (Bogotá), magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre (Pereira). Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Ibagué, profesor de planta de la Universidad de Ibagué. Estudiante del doctorado en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás (Tunja), Editor de la revista *Dos mil tres mil* de la Universidad de Ibagué, integrante del Grupo de Investigación Zoon Politikon. Correo electrónico carlos.forero@unibague.edu.co

objetivo (responsabilidad sin dicho análisis de factores subjetivos), dado que no queda supeditado a la difícil prueba del dolo y la culpa.

Este artículo se desarrollará en cinco partes. La primera, presenta la potestad sancionadora de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), que se plasma en nuestra noción de derecho administrativo sancionador tributario. La segunda, expone aspectos generales del derecho administrativo sancionador y del derecho penal económico. La tercera aborda la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador. En la cuarta, se realiza un análisis de responsabilidad de la persona jurídica en el derecho administrativo sancionador tributario en Colombia, a través de nuestra postura. Y, en la quinta, se propone si resulta conveniente ampliar la aplicación del derecho administrativo sancionador para castigar a las personas jurídicas por la comisión de determinados ilícitos que afectan el orden público económico.

1. La potestad sancionadora de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Noción del derecho administrativo sancionador tributario, debido proceso y el derecho de defensa

Según el artículo 189 de la Constitución política de 1991, corresponde al presidente de la república (2012), como cabeza del poder ejecutivo, "velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes" (p. 84). Al tener relación el tributo con las finanzas públicas, la entidad encargada de velar por su control dentro de la rama ejecutiva es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la DIAN.

Respecto de la creación u origen de la DIAN podríamos identificarla a partir de la fusión de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales (creada por el Decreto-Ley 1643, 1991) con la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales (creada por la Ley 6.ª, 1992). La norma que ordenó dicha fusión es el Decreto 2117 de 1992, normatividad que ha tenido varias e importantes reformas, así como objeto de discusiones en la doctrina. Es una Unidad Administrativa Especial constituida como una entidad de carácter técnico, adscrita —como se señaló— al Ministerio de Hacienda Pública y Crédito Público. Cuenta con regímenes especiales en materia de administración, de personal, nomenclatura, clasificación, carrera administrativa especial, salarios, prestaciones, régimen disciplinario, presupuesto y contratación administrativa, de acuerdo con los regímenes que regulaban las entidades objeto de la fusión (artículo 2, Decreto 2117, 1992).

Esta autoridad[2] cuenta con, entre otras funciones: a) dirigir y administrar la gestión tributaria y aduanera nacional; b) interpretar y actuar como autoridad doctrinaria y estadística de los impuestos y en materia aduanera; c) propugnar por el cumplimiento de las normas tributarias nacionales y aduaneras; prevenir, investigar y reprimir las infracciones al régimen tributario nacional y al régimen de aduanas y aplicar las sanciones que correspondan conforme los mismos; d) determinar, liquidar, recaudar y efectuar el cobro coactivo de los impuestos nacionales, de las sanciones y de los demás gravámenes a su cargo; e) administrar las mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas a favor de la Nación; f) ejercer las funciones de policía judicial (artículo 12, Decreto 2117, 1992). El Decreto 2245 de 2011 estableció el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario por seguir por la DIAN.

Como se mencionó, a esta autoridad le fueron asignadas como funciones el control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen tributario y aduanero; tales funciones hacen parte de la potestad sancionadora de la administración, escenario que se conoce como el derecho administrativo sancionador (Mejía Patiño, 2013). Para el autor, esta rama del derecho público es entendido de la siguiente manera:

> Conjunto normativo de disposiciones reguladoras de la actividad administrativa, que tienen como finalidad coadyuvar al cumplimiento de las tareas estatales que establecen como consecuencia de su infracción, la imposición de una sanción administrativa con observancia de los principios establecidos constitucionalmente. (Mejía Patiño, 2013, p. 41).

La DIAN es vista como uno de los integrantes de la llamada alta policía económica que se encarga de controlar las infracciones o contravenciones administrativas contra el orden público económico. Sobre las infracciones contra este orden se comparten las reflexiones ofrecidas por Fernández Carrasquilla (citado por Hernández Quintero, 2015), al señalar lo siguiente:

> Caen en el llamado derecho penal económico las transgresiones de quienes no ajustan su comportamiento socioeconómico a los intereses normativos intervencionistas del Estado (Estado de economía dirigida) sobre el mantenimiento y desarrollo de las distintas actividades económicas modernas de los particulares (sea

[2] De acuerdo con el artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, se les dará el nombre de autoridades, entre otras, a los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público y la DIAN forma parte de la rama ejecutiva del poder público.

> que actúen individualmente o por medio de asociaciones con personería jurídica). Las sanciones que para tales faltas procedan, aunque puedan alcanzar proporciones graves, son represiones administrativas y no penales en sentido estricto. (p. 125).

Estas autoridades administrativas de policía económica han jugado —y siguen jugando— un rol importante para el control de las personas jurídicas por la comisión de determinados ilícitos administrativos que afectan el orden público económico. De esta manera, consideramos que el derecho administrativo sancionador debe ser visto como un derecho eficiente para combatir la criminalidad organizada económica (o criminalidad de empresa, para algunos).

Lo anterior se debe a que la experiencia ha demostrado que el derecho penal económico, así aumente sus sanciones, no ha podido (y no puede, es insuficiente) combatir la criminalidad organizada, tal como lo identificó Pérez Pinzón (1994), al concluir que el derecho penal es "inadecuado para afrontar los problemas sociales, a la vez produce más problemas de cuantos pretende resolver" (p. 136). Se debe también a que los procedimientos administrativos sancionatorios son bastante rápidos y eficientes, y cuyas sanciones son eficaces, así lo demuestra la experiencia. En comparación con los procesos penales que son lentos y engorrosos.

Es tanto, que los jueces están reclamando al legislador una reforma urgente en aras de descongestionar sus despachos, las reformas al Código de Procedimiento Penal no paran. Bienvenidas son las reformas a la justicia orientadas, entre otras, a la reducción de la congestión judicial, toda vez que con ellas se permite contribuir al fortalecimiento de la aplicación de garantías. El garantismo sigue siendo un tema indispensable en todos los discursos o debates en las facultades de Derecho de las universidades.

Pero he sostenido, y seguiré sosteniendo, que ojalá la llegada del garantismo que se pretende proponer con las reformas a la justicia, no sea un mero debate, sino una realidad, y en esto hay que decirlo, pues quienes a diario ejercemos el litigio, podemos darnos cuenta de que uno es el derecho que se enseña en las universidades y otro muy diferente el que se dinamiza en los estrados judiciales. Hay una evidente distancia entre la enseñanza y la práctica del derecho.

Al retomar el tema de lo eficiente que son los procedimientos administrativos sancionatorios, Zúñiga Rodríguez (2001a) también ha señalado que en el derecho administrativo sancionador sus procedimientos son eficientes, al concluir lo siguiente:

> Entre las ventajas que se suelen aducir para afirmar la utilización de las sanciones administrativas en el campo económico son la necesidad de una alta capacitación de sus funcionarios, la celeridad en el procedimiento, la movilidad de la materia que requiere sistemas de regulación más flexibles que los penales, características todas ellas que denotan mayor efectividad en la intervención, dando fe del principio de que la prontitud y certeza de la imposición de la sanción garantizan mayor prevención de conductas. (p. 1421).

Reconoce, igualmente, que los procesos del derecho penal no son eficientes y reclaman una continua capacitación a los jueces en temas especializados como son, entre otros, el tributario, el consumo y el financiero. Así lo señala la jurista: "Los procesos penales son más lentos (por las propias garantías) y no siempre los jueces se encuentran totalmente capacitados para moverse fácilmente por materias especialmente técnicas y cambiantes, como son las esferas económicas, tributarias, societarias, del medio ambiente, etc." (Zúñiga Rodríguez, 2001a, p. 1422).

Frente a la normatividad aplicable para la represión (o control) de las infracciones tributarias, la DIAN cuenta con normatividad propia que es el Decreto 624 de 1989, el denominado Estatuto Tributario. En él establece un buen catálogo de infracciones tributarias con sus respectivas sanciones. Dicho estatuto es modificado, entre otras, por las leyes 1607 de 2012, 1819 de 2016, 1943 de 2018 y 2020 de 2019, que son las más recientes.

Al poseer normatividad propia para controlar las infracciones tributarias, es conveniente denominar este escenario sancionatorio como derecho administrativo sancionador tributario y lo entendemos como una rama del derecho público que regula las infracciones y sanciones tributarias. A la vez, podríamos definirlo como el conjunto de normas jurídicas que nos señala qué acciones u omisiones de los contribuyentes o responsables constituyen infracciones tributarias y qué sanciones se imponen. La existencia de este derecho punitivo se debe a la inconveniencia de asignar a los jueces penales el control de conductas que, aunque ilícitas, tienen gravedad menor (Zornosa y Muñoz, 2010).

Es el legislador quien, en razones de política criminal, decide establecer como delitos o infracciones administrativas las conductas ilícitas tributarias. Para nadie es secreto que últimamente se ha venido tipificando como delitos algunos ilícitos tributarios existiendo otros controles (derecho administrativo sancionador, por ejemplo) y, por tanto, no se está respetando el carácter de *ultima ratio* del derecho penal que tanto ha reclamado y que todavía está

reclamando la doctrina. Estamos frente al fenómeno de huida del derecho administrativo sancionador tributario hacia el derecho penal respecto del control de ilícitos tributarios. Este es uno de los ejemplos de una deficiente política criminal en Colombia.

Tal como lo mencioné en anterior oportunidad, no es conveniente que algunas conductas ilícitas tributarias que han sido investigadas y sancionadas por la DIAN, y sin dificultad, lleguen a manos de fiscales y jueces que carecen de formación técnica necesaria para enfrentar esta clase de ilícitos especializados. Es por eso que da lugar a impunidad, así lo ha demostrado la práctica (Forero Hernández, 2019). De esta manera, la formación técnica o especialización de jueces y fiscales resulta necesaria para controlar los ilícitos tributarios. Por eso se coincide con la explicación de Márquez Cárdenas (2004) al señalar que:

> La especialización de jueces y fiscales, al menos con respecto a los delitos más representativos dentro del campo socioeconómico, parece indubitablemente necesaria. Necesaria, por tres razones fundamentales: celeridad adecuada, garantía de acierto en la resolución y eficacia. (p. 146).

Así, si no capacitan a los fiscales y jueces en temas especializados (en derecho penal económico, por ejemplo), los ilícitos tributarios deben ser controlados por la DIAN que cuenta con funcionarios especializados como lo ha venido haciendo.

El derecho administrativo sancionador tributario protege el interés jurídico consistente en *el deber de contribuir a financiar los gastos y las inversiones del Estado* (numeral 9, artículo 95, Constitución política, 1991) el cual hace parte del campo de estudio del orden público económico. Este interés jurídico no debe ser estudiado de manera restrictiva, haciendo referencia solamente a la obligación de pagar los tributos, sino de manera amplia: incluyendo tanto obligaciones sustanciales como formales. La Corte Constitucional en la Sentencia C-551 de 2015 explica cuáles son estas obligaciones:

> Entre las primeras [obligaciones sustanciales] está la obligación de pagar los tributos. Entre las segundas está la de cumplir con 'aquellas cargas que facilitan la función fiscal de la administración', como es, por ejemplo, la de 'suministrar de manera veraz y oportuna la información necesaria para determinar de manera correcta el monto en el que cada contribuyente está obligado a tributar'. (p. 36).

Para el control de las infracciones tributarias, como es obvio, se debe aplicar el debido proceso. No puede haber sanciones sin el previo agotamiento del debido proceso (Ossa Arbeláez, 2009). El Estatuto Tributario (con sus reformas) contiene normas que desarrollan dicha regla, debido a que tiene una primera parte de gestión y una segunda de cobro. La primera parte se divide en dos etapas: fiscalización y determinación y discusión de los actos administrativos de liquidación de los impuestos y las sanciones.

Son estas etapas el desarrollo o aplicación del debido proceso señalado en el artículo 29 de la Constitución política, independiente de que se aplique criterios de responsabilidad subjetiva (o responsabilidad con culpa) u objetiva (o responsabilidad sin culpa). El procedimiento administrativo sancionador tributario debe observar sin excepciones el debido proceso. No puede haber un acto administrativo sancionatorio sin el previo agotamiento del debido proceso. Se debe garantizar el derecho a la defensa, por ejemplo.

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia que cobra la aplicación del debido proceso en las actuaciones administrativas, el cual comprende una estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria (Sentencia C-371, 2011). Cobra relevancia constitucional cuando se trata del desarrollo de la facultad sancionadora de la administración pública (Sentencia C-506, 2002). En esta facultad, se debe cumplir con mayor exigencia las garantías mínimas del debido proceso (Sentencia C-506, 2002).

Uno de los principios o garantías (para algunos) más importantes del debido proceso corresponde con el derecho a la defensa. Este se constituye en una de las garantías necesarias para la protección de los derechos de la persona que se encuentra incursa en un procedimiento de investigación y sancionatorio (Sentencia C-025, 2009). De ahí que la expresión *persona* hace referencia tanto a la persona natural como a la jurídica. El derecho de defensa es definido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-105 de 2010 de la siguiente manera:

> (…) la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas recaudadas en su contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. (Sentencia T-105, 2010, p. 15).

2. Derecho administrativo sancionador y derecho penal económico. Finalidades

En el ordenamiento jurídico colombiano se encuentran normas jurídicas relacionadas con las faltas y sanciones administrativas en que pueden incurrir las personas naturales y jurídicas. Entre otras, Decreto 624 de 1989, Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Dichas normas son consideradas como manifestación (o expresión) del poder sancionador de la administración (o del Estado, para algunos), específicamente del derecho administrativo sancionador (Mejía Patiño, 2006), las cuales tienen como propósito proteger el orden público económico, como aquel sistema de mantenimiento de la organización económica constitucional (Hernández Quintero, 2015).

El derecho administrativo sancionador es una de las especies del género derecho punitivo del Estado, o del *ius puniendi* estatal, tal como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-948 de 2002, al advertir que el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja que "recubre como género, al menos cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, y el derecho de punición por indignidad política o *impeachement*" (p. 47).

Uno de los temas más discutidos que se presentan en el campo de estudio del derecho administrativo sancionador corresponde con la aplicación de principios en esta rama del derecho público (Mejía Patiño, 2009). Algunos sostienen que son perfectamente aplicables los principios del derecho penal (Cahn-Speyer Wells, 2011). Otros afirman que se deben aplicar los principios de orden constitucional (Hernández Quintero, 2012). La Corte Constitucional ha señalado, en muchas ocasiones, la necesidad de aplicar las garantías del derecho penal al derecho administrativo sancionador, pero, con ciertos matices o atenuaciones (entre otras: sentencias T-011 de 1992 y T-145 de 1993). A esta última característica, es decir, *con ciertos matices*, en la Sentencia SU-1010 de 2008, citada por Gil Botero (2012), ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

> Por su parte, como principio rector del derecho sancionador, la legalidad significa específicamente que tanto la conducta como la sanción misma deben estar predeterminadas… No obstante, debe recordarse que, en materia administrativa, esta garantía, así como todas aquellas que hacen parte del derecho al debido proceso, tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la administración pública. (pp. 53-54).

Zornoza Pérez y Muñoz Martínez (2010) son partidarios respecto de la aplicación con ciertos matices de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, al señalar que:

> Tales matizaciones son inevitables, pues la simple lectura del artículo 29 de la Constitución nos deja suficientemente claro que las instituciones a las que hace mención están referidas de manera inequívoca a las garantías propias de un ámbito estrictamente jurisdiccional. (p. 814).

Comparto las enseñanzas ofrecidas por Low Murtra (citado por Hernández Quintero, 2015), al señalar que no es conveniente aplicar los principios del derecho penal a las infracciones administrativas, dado que cada una tiene finalidades distintas. Resalta, además, que en el derecho administrativo sancionador es conveniente aplicar el sistema objetivo (o responsabilidad sin culpa), tal como sucede en los asuntos cambiarios y tributarios (Mejía Patiño, 2011).

Tiene finalidades distintas porque el derecho administrativo sancionador tributario, por ejemplo, protege o preserva el deber de contribuir al financiamiento del gasto público (numeral 9, artículo 95, Constitución política, 1991), que forma parte del campo de estudio del orden público económico y utiliza sanciones administrativas, reflejadas en actos administrativos. Se imponen sanciones de carácter económico. En tanto que el derecho penal protege determinados bienes jurídicos y aplica sanciones, por lo general, de carácter privativas —o restrictivas— de libertad individual. El derecho administrativo sancionador estudia infracciones y sanciones administrativas, mientras que el derecho penal analiza delitos y penas.

No menos importante señalar que por ser independientes el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, o más bien por tratarse de procedimientos totalmente distintos, "un mismo hecho puede ser sancionado como delito y contravención administrativa a la vez, y para nada vulnera el principio constitucional *non bis in ídem,* de la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho" (Forero Hernández, 2019, p. 95). Empero, la procedencia de realizar varios procesos por unos mismos supuestos fácticos es criticada por Bernate Ochoa (2007), quien señala que la permisión de adelantar varios juicios por unos mismos hechos "supone un desgaste para la Administración de Justicia y para el mismo procesado que realmente es innecesario, teniendo en cuenta que, en nuestro medio, el juez penal puede imponer las mismas sanciones que se impondrían en el proceso administrativo" (pp. 38-39).

En muchas ocasiones, la Corte Constitucional también ha resaltado la autonomía del derecho administrativo sancionador y, por tal razón, permite el ejercicio de un doble juzgamiento penal y administrativo sancionador sin que se atente contra el principio del *non bis in ídem* (entre otras sentencias: C-259, 1995; C-551, 2001; C-554, 2001; C-391, 2002; C-818, 2005; C-720, 2006). Es bueno señalar que el jurista Ibáñez Guzmán (1997) ha rechazado de manera absoluta la concurrencia de juzgamiento y sanción penal y administrativa, acudiendo para ello a las discusiones planteadas en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente y a los propios contenidos de la Carta Política, principalmente en lo tocante con el debido proceso:

> Al plantearse en la Constitución política, art. 29, el debido proceso en actuaciones judiciales y administrativas, con un derecho de defensa común y bajo la óptica de la presunción de inocencia es contradictorio y altamente anfibológico pensar en un doble juzgamiento por los mismos hechos en acción disciplinaria y penal, pues el ius puniendi del Estado es uno solo, se trata de normas sancionatorias de idéntica naturaleza que limitan derechos fundamentales y a las cuales se les aplica el non bis in ídem, que deviene de la imposible doble imputación (acto que se le imputa) y es el mismo hecho de consecuencia punitiva. (p. 25).

Esta tesis ha sido estudiada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-544 de 2001, pero no fue acogida. Algunos estudiosos pensarán que este autor tiene razón, pues, no es conveniente sancionar doblemente un hecho que está cobijado tanto por la ley penal como por la administrativa, partiendo del reconocimiento de que el derecho punitivo del Estado es uno solo. De esta manera, si existieren elementos comunes entre el penal y el administrativo, implica que es imposible sancionar dos veces por los mismos hechos. Algunos la criticarán en la medida en que cada una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado y sus finalidades son distintas y, por consiguiente, es posible el doble juzgamiento por el mismo hecho.

Desde la academia siempre he planteado la inquietud sobre la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional y algunos doctrinantes respecto de la posibilidad del doble juzgamiento por el mismo hecho. Si uno revisa de nuevo el artículo 29 constitucional, la disposición es muy clara en señalar que toda persona tiene derecho a no ser juzgado dos veces *por el mismo hecho*, de cuya literalidad es tan precisa que no se desprende ningún tipo de excepción. Este es un tema que resulta interesante socializar y debatir.

Al retomar el tema de las sanciones aplicables en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador, quiero señalar tres comentarios. El primero indica que la sanción no debe ser una noción exclusiva del derecho penal, es aplicable a las diferentes manifestaciones de corrección existentes. El segundo expone que en el derecho administrativo sancionador (financiero, aduanero, tributario, etc.) jamás hay sanciones privativas de libertad individual, estas son propias del derecho penal, de ahí que la naturaleza del derecho penal es diferente que la del derecho administrativo sancionador. Finalmente, no estamos de acuerdo con quienes afirman que las sanciones del derecho penal son más graves que las del derecho administrativo sancionador, dado que encontramos disposiciones que consagran sanciones administrativas graves, el cierre o clausura de establecimientos, por ejemplo.

Pertinente es señalar que las sanciones penales son impuestas, como es apenas lógico, por los jueces, y las sanciones administrativas son aplicadas por autoridades administrativas (Vervaele, 2011), que hacen parte de la llamada alta policía económica (Hernández Quintero, 2015), o de la policía administrativa, siguiendo a los administrativistas (Rodríguez, 2000; Vidal Perdomo, 2004). Las autoridades que hacen parte de alta policía económica son, entre otras, las Superintendencias (la Financiera, por ejemplo), Unidad Administrativa Especial DIAN, que forman parte del campo de estudio del derecho administrativo (Vidal Perdomo, 2004) y del derecho administrativo sancionador (Ossa Arbeláez, 2009).

El derecho administrativo sancionador es considerado por la doctrina como una modalidad de intervención del Estado en asuntos privados (Sentencia T-873, 1999), o en la economía, para ser preciso. Pero no es el único, porque también lo es el derecho penal económico (Zúñiga Rodríguez, 2001b; Hernández Quintero, 2015) y este (igual que el derecho penal aduanero, penal tributario), según Fernández Carrasquilla (1992), es un derecho penal especial, como una rama del derecho penal común, no del derecho económico, y que protege el bien jurídico orden económico social (Oviedo Arbeláez, 2008).

Ambos, derecho administrativo sancionador y derecho penal económico, contribuyen a la protección de la intervención en la economía por parte del Estado. Lo anterior conlleva preguntarse: ¿qué se entiende por intervención del Estado en la economía? Hernández Quintero (1991) la define como "el conjunto de normas con las cuales se pretende regular y delimitar la autonomía de los particulares a fin de garantizar el logro de los intereses de la comunidad" (p. 21). Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 334 de la

Constitución política. La intervención del Estado en los procesos económicos "representa un sistema de control destinado a la protección del bien común" (Márquez Cárdenas, 2004, p. 30). Es de mencionar que tal intervención ha contribuido a una exagerada expedición de normas jurídicas, sean penales o administrativas, para controlar las infracciones al orden público económico.

Por su parte, el estudio del derecho penal económico está asociado con la protección de intereses colectivos y supraindividuales (Hernández Quintero, 2015), que utiliza conceptos de sociología jurídica para estudiar los delitos de cuello blanco (Hernández Quintero, 2006) o de alto impacto social (Oviedo Arbeláez, 2008). Por otra parte, la criminalidad organizada (Ramírez Barbosa, 2009) y de la utilización de las empresas como medios idóneos para cometer delitos (Abello Gual, 2015) son temas interesantes que, para algunos estudiosos, sugieren la necesidad o conveniencia de contemplar la responsabilidad penal de la persona jurídica (Ruíz Sánchez, 2009).

No menos importante es anotar que, además de estudiar la conveniencia o necesidad de contemplar la responsabilidad penal de la persona jurídica, algunos han reclamado —y siguen reclamando— la posibilidad de responsabilizar a dicha persona en el derecho administrativo sancionador con criterios de responsabilidad subjetiva, responsabilizando específicamente a título de culpa (del actuar negligente) como lo sostiene Jiménez Jiménez (2015) o responsabilizarse por déficit de organización como lo propone Baca Oneto (2019). Lo anterior ha sido y es objeto de discusión en la doctrina al hablar del principio de culpabilidad por ser un tema no pacífico.

3. La responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador. Debate doctrinal. Nuestra postura

Uno de los principios del derecho administrativo sancionador más discutido en la doctrina especializada corresponde al principio de culpabilidad (Ossa Arbeláez, 2009; Baca Oneto, 2019), específicamente al hablar de la responsabilidad de la persona jurídica a través del sistema objetivo (Mejía Patiño, 2011). Podríamos afirmar que es una discusión interminable (o intemporal).

En el campo de estudio del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, se encuentran relacionados con la responsabilidad subjetiva y objetiva (Ossa Arbeláez, 2009). En la responsabilidad subjetiva (o sistema subjetivo) se estudian los factores como el dolo y la culpa, que desde el actual Código Penal colombiano se identifican como modalidades de conducta

(Pérez Pinzón, 2003); en este sistema se analiza el nexo causal subjetivo (Jiménez Jiménez, 2015).

En la responsabilidad objetiva, en cambio, no se hace dicho examen nexo causal subjetivo. Se caracteriza en que "en la contravención administrativa la sola inobservancia de la disposición hace acreedor al responsable de la consecuencia sancionatoria" (Hernández Quintero, 2012, p. 138). Para Ossa Arbeláez (2009), la responsabilidad objetiva implica la negación del principio de culpabilidad.

Nosotros compartimos el criterio de quienes señalan que en el derecho administrativo sancionador (en materia tributaria, por ejemplo) se aplique responsabilidad objetiva, a pesar de que un buen sector de la doctrina (diría doctrina mayoritaria) ha advertido que un procedimiento sancionatorio sin ningún análisis de factores subjetivos resultaba desproporcionado y violatorio de los principios de presunción de inocencia, buena fe, equidad y justicia (Ossa Arbeláez, 2009; Jiménez Jiménez, 2015). Comparto por dos de tantas razones.

Una: en el derecho administrativo sancionador, cuyo objetivo es proteger el orden público económico y sus sanciones administrativas que por lo general son económicas, resultan extrañas las instituciones propias del derecho penal para aplicar el grado de responsabilidad (o grado de culpabilidad, para algunos). Es más, la prueba del dolo y la culpa será difícil. Es tanto que el Consejo de Estado, Sección Cuarta (17729), ha concluido que como el régimen administrativo sancionador tiene como propósito alcanzar una finalidad de carácter político consistente en la protección del orden público económico y este objetivo no se cumple si aplicáramos criterios de responsabilidad subjetiva.

Lo anterior ha sido explicado en muchas ocasiones por el Consejo de Estado, entre otras, sentencias: del 24 de julio de 1991 (3116); del 28 de febrero de 1992 (3622); del 17 de mayo de 1993 (4524); del 18 de abril de 2002 (12094); del 25 de marzo de 2004 (13495). Todas de la Sección Cuarta. En la primera providencia (3116) se resalta la importancia del orden público económico, puesto que, señala que es un interés jurídico relevante que merece ser protegido y, por consiguiente, no es conveniente sacrificarlo. Nosotros entendemos por este interés jurídico, de acuerdo con la Corte Constitucional en la Sentencia C-038 de 1999 "al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país" (p. 5). Esta institución forma parte del campo de estudio tanto del derecho económico (Barón Barrera, 2016) como del derecho penal económico (Hernández Quintero, 2018).

En un pronunciamiento (8805), la corporación de cierre de lo Contencioso Administrativo ha resaltado que para que haya un control oportuno y eficiente a la persona jurídica, y en miras de garantizar el orden público económico, se requiere objetividad sin que pudiera quedar condicionado a la difícil prueba del dolo o la culpa:

> En busca de ese objetivo que el Estado, de una parte, impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejercen la actividad financiera, y de otra, ejerce un control que para que sea oportuno y eficaz, requiere de objetividad sin que en manera alguna pueda quedar condicionada a la difícil prueba de los factores subjetivos propios de la conducta humana, como son el dolo y la culpa, (se destaca) menos aun cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales, sino por personas morales o jurídicas, como en el caso de la actividad financiera, sin que pueda tener cabida el elemento culpa, preterintencionalidad o dolo que consagra el Código Penal para las personas naturales. (Sentencia 8805, 1998, pp. 80-81).

Dos: por la dificultad de determinar el dolo y la culpa de la persona jurídica para ser responsabilizado. En un procedimiento de investigación contra dicha persona dificulta (o impide, para algunos) determinar la culpa o el dolo, que son propias o aplicables para la persona natural. Podríamos afirmar entonces que en los eventos de responsabilidad de la persona jurídica en el derecho administrativo sancionador no podría hablarse de culpabilidad.

Lo anterior es identificado también por Zúñiga Rodríguez (2001a) quien advirtió que "la dificultad más grande para conciliar las máximas penales y el uso del ordenamiento sancionador, es la cuestión de la aplicación de los criterios de dolo o culpa a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas" (p. 1442). En otras palabras, la dificultad está en la aplicación de los criterios subjetivos como el dolo y la culpa para responsabilizar a la persona jurídica. Algunos juristas señalan no como dificultad, sino como imposibilidad.

No obstante, Jiménez Jiménez en su obra *La culpa en el derecho sancionador* (2015), critica la aplicación de responsabilidad objetiva y propone aplicar el sistema subjetivo, pero específicamente a título de culpa (desde la teoría de la culpa por negligencia):

> Como ya se dijo, el Consejo de Estado en sus sentencias del 13 de marzo y 24 de julio de 1998 afirmó que la actividad financiera no puede ser ejercida por personas naturales, sino por personas morales o jurídicas, sin que con respecto a ellas pueda tener cabida el elemento culpa o el dolo que consagra el Código Penal.

> Bien sabido es que el examen de la culpabilidad supone el de la voluntad de la que estaba imbuido el sujeto al momento de actuar u omitir, y que tal voluntad está ausente del todo en las personas jurídicas, en virtud de la ficción jurídica de la que derivan su existencia y personalidad.
> Sin embargo, resulta oportuno darles un nuevo matiz a estas apreciaciones.
> Es verdad, la persona jurídica no es susceptible de un actuar doloso, pero sí puede actuar negligentemente, esto es, con culpa. Recordemos que el Consejo de Estado no vaciló en atribuirle a la persona jurídica cuando expresó lo siguiente: el patrimonio negativo que presentó la Corporación Financiera tuvo origen […] en la propia negligencia, al no observar un especial cuidado en el desarrollo de sus propias actividades financieras. (Jiménez Jiménez, 2015, p. 97).

Cahn-Speyer Wells (2011) también ha criticado la aplicación de responsabilidad objetiva al señalar lo siguiente: "Su corriente doctrinal favorable a la configuración de las infracciones tributarias como ilícitos de naturaleza objetiva, en la actualidad evidentemente viola el artículo 29 de la Carta, cuando hizo extensivo el debido proceso a toda clase de actuaciones" (p. 294). Este autor insiste en que la aplicación de la responsabilidad subjetiva tanto en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal es ajustada a la actual Constitución política, dado que ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado.

Lo anterior ha sido explicado también por un buen sector de la doctrina española, citada por Mejía Patiño (2011), al advertir que el principio de culpabilidad "también rige en materia de infracciones administrativas, dado que en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, sería inadmisible un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa" (p. 120).

Baca Oneto (2019) ha resaltado que en la actualidad no podemos afirmar que la responsabilidad de la persona jurídica tiene que llevar a reconocer una responsabilidad objetiva; propone, además, aplicar la noción de culpa a partir de *la teoría de déficit de organización*, algunos relacionan esta teoría con la de *defecto de organización*:

> Respecto de las personas jurídicas, la admisión de la responsabilidad de estas no tiene que llevar a reconocer una responsabilidad objetiva, sin desconocer la exigencia de tipicidad subjetiva. En estos casos es necesario construir un concepto de culpabilidad que se adecue a las características de estos sujetos. Al respecto, lo que proponemos es en entender que una persona jurídica será culpable cuando exista un déficit de organización, de modo que no se impida o incluso se favorezca

la comisión de la infracción. No es necesario, por tanto, identificar a una persona natural que haya actuado con dolo o culpa, sino que esta se presumirá si existe un incumplimiento que le sea atribuible a la persona jurídica imputada, salvo que esta pueda probar su actuar diligente. (Baca Oneto, 2019, p. 340).

En sentido coincidente explica Zúñiga Rodríguez (2001b) al advertir lo siguiente:

En las legislaciones especiales y en el ordenamiento administrativo sancionador ya se está sancionando a las empresas. En casi todos los países se contempla en leyes especiales o en el ordenamiento sancionador (considerado mayoritariamente vinculado al derecho penal en una relación cuantitativa) sanciones directas a las propias empresas (multas, clausura, disolución, etc.) y, en todos los casos, también habría que preguntarse por los criterios de imputación subjetivos, para sancionar con ciertas garantías a las empresas. Lo contrario sería admitir la responsabilidad objetiva en los casos de la sancionabilidad a personas jurídicas, cuestión que podría conculcar derechos fundamentales. (p. 90).

Zornoza Pérez y Muñoz Martínez (2010), por su parte, reconocen que la aplicación de responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador es respaldada por un buen número de doctrinantes, porque así lo han permitido el legislativo y la jurisprudencia. Pero critican dicha aplicación porque resultaba contraria a los postulados de la Constitución política, principalmente al artículo 29 constitucional, del debido proceso. Es pertinente citar dos importantes consideraciones aportadas por estos autores:

El análisis de este elemento subjetivo [están refiriendo a la culpabilidad] constituye uno de los puntos centrales de todo el régimen de las infracciones administrativas tributarias. Se trata además, no podemos negarlo, de un elemento especialmente polémico debido a la existencia de una corriente doctrinal favorable a la configuración de las infracciones como ilícitos de carácter objetivo, que atenderían únicamente al incumplimiento del precepto por parte del administrado, sin necesidad de indagar sobre el componente subjetivo de su conducta, doctrina de la que se ha hecho eco, de diversas maneras, en el ámbito de las infracciones tributarias en nuestro país, tanto el campo legislativo como en la jurisprudencia. (…)
Sin embargo, esa concepción resulta abiertamente contraria con el régimen constitucional establecido en 1991 y la Corte Constitucional ha realizado un significativo esfuerzo por hacerlo saber y por corregir, a golpe de sentencias de constitucionalidad, las equivocadas visiones que existían sobre el régimen administrativo sancionador tributario (…) Así lo hizo en la Sentencia C-599 de 1992 y en la más reciente C-010 de 2003. En nuestro criterio, y por las razones constitucionales

> que hayan quedado suficientemente expuestas, esas dos resoluciones judiciales son contrarias al artículo 29 del texto supremo. (Zornoza Pérez y Muñoz Martínez, 2010, pp. 844-845).

Desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta corporación ha señalado que, por regla general, en materia de sanciones administrativas la responsabilidad objetiva ha sido proscrita del ordenamiento jurídico, y por ello, se debe aplicar responsabilidad con estudio de factores subjetivos como el dolo o la culpa:

> En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal —como forma paradigmática de control de la potestad punitiva— se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. En efecto, por expreso mandato constitucional (Const., art. 29), las actuaciones administrativas sancionatorias deben regirse bajo los parámetros del debido proceso, por consiguiente, las garantías individuales mínimas que de este derecho se derivan deben aplicarse en el ámbito del poder tributario. Por ello la infracción administrativa tributaria requiere de la tipificación legal preexistente al acto que se imputa, de la manifestación clara de la antijuridicidad del hecho y de la imputabilidad de la conducta. Igualmente, en materia penal, y en general en el campo sancionatorio, la Corte ha reconocido también, en varias providencias, que el debido proceso implica la proscripción de la responsabilidad objetiva, toda vez que aquella es incompatible con el principio de la dignidad humana y con el principio de culpabilidad acogido por la Carta en su artículo 29. (Sentencia C-069, 1996, pp. 14-15).

Pero, como excepción a la regla general, dicha corporación ha señalado que se encuentra ajustada al ordenamiento constitucional la aplicación de responsabilidad objetiva en los asuntos cambiarios y tributarios (entre otras: Sentencia C-089, 2011), en los demás asuntos está proscrita dicho sistema, se debe analizar entonces el dolo o la culpa (Mejía Patiño, 2011). Esta explicación es compartida por un buen sector de la doctrina del derecho penal económico (Hernández Quintero, 2012). En relación con lo anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-595 de 2010, señaló que la aplicación de responsabilidad objetiva en las infracciones administrativas se ajusta a la Constitución política, pero se debe cumplir los siguientes requisitos:

> Que: a) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos

> y afectan de manera directa o indirecta a terceros; b) tengan un carácter meramente monetario; y c) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras). Por último, la Corte ha sostenido que la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador debe estar consagrada de manera expresa por el legislador. (Sentencia C-595, 2010, p. 66).

De esta manera, el derecho administrativo sancionador tributario no reconoce el principio de culpabilidad. La ya citada Sentencia C-506 de 2000 explicó que una vez probada la extemporaneidad de las declaraciones tributarias, la imposición subsiguiente de sanción no desconoce el debido proceso. Para la Corte, la sola demostración de la extemporaneidad de las declaraciones tributarias constituye un fundamento probatorio para proceder a la aplicación de la correspondiente sanción. Claro está que el procesado (o investigado, para algunos) tiene el derecho para demostrar las circunstancias de exoneración que permiten descartar la responsabilidad como son el caso fortuito (interno) o fuerza mayor (externo).

En todo caso, al aplicar el sistema objetivo a los procesados, sean personas naturales o jurídicas, se les debe garantizar el debido proceso, el derecho a presentar pruebas, por ejemplo. No puede haber una responsabilidad objetiva sin el debido proceso. El hecho de que se aplique el sistema objetivo en el derecho administrativo sancionador no implica que las sanciones administrativas operan de manera automática, sin la estricta aplicación de un procedimiento administrativo. Por eso tiene razón Ossa Arbeláez (2009) al señalar que:

> Si la Carta consagra el derecho al debido proceso, ello quiere significar que el ciudadano tiene el derecho subjetivo de reclamarlo cuando él sea el sujeto pasivo de un procedimiento administrativo en que está involucrado. Está previendo la norma superior que cualquier persona puede ser sujeto de una pena de tipo administrativo, y que está protegido con la disposición constitucional de un debido proceso. (pp. 123-124).

Nótese que este autor señaló que *cualquier persona puede ser sujeto de una pena de tipo administrativo*, es decir, aplicable tanto a la persona natural como la persona jurídica. De esta manera, a la persona jurídica se le debe garantizar

el derecho de defensa que se erige como uno de los principios, o garantías, más importantes del debido proceso.

4. La responsabilidad de la persona jurídica en el derecho administrativo sancionador tributario en Colombia. Debate doctrinal. Nuestra postura

Habíamos señalado que el derecho penal económico está asociado con los conceptos de la sociología jurídica para el estudio de los delitos de cuello blanco, donde la doctrina se ha encargado de estudiar sobre la criminalidad organizada, la utilización de las empresas como medios idóneos para cometer delitos. Estas son temáticas que, para algunos autores, sugieren la necesidad o conveniencia, de contemplar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica no es un tema pacífico en la doctrina (Hernández Quintero, 2012). Algunos no comparten su aplicación en virtud del aforismo *societas delinquere non potest* —las personas jurídicas no son susceptibles de responsabilidad penal— (Ruíz Sánchez, 2007). Pero otros consideran que existen muchas teorías que permiten responsabilizar penalmente a dichas personas, cada una explicadas de manera comprensible por Ruiz Rengifo (2006).

Los argumentos que están en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica son los siguientes. No son susceptibles de responsabilidad penal por ausencia de capacidad de acción, de pena y de culpabilidad (Ruiz Sánchez, 2009), así como ausencia de capacidad para ser procesadas, aplicar una medida de aseguramiento, por ejemplo (Bernate Ochoa, 2007). El exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, Reyes Echandía (1989), ha concluido que en los ámbitos de tipicidad, culpabilidad y punibilidad no resultan aplicables en las personas jurídicas. En sentido coincidente advierte Márquez Cárdenas (2004) al señalar que "para poder establecer una responsabilidad penal, el sujeto activo tiene que ser una persona física" (p. 72).

Lo cuestiona también el ex vicefiscal general de la nación, Jorge Perdomo (citado por Ruiz Rengifo, 2015), al advertir que "en el derecho penal de la persona individual se necesita que esta tenga consciencia o dolo, y la pregunta es si una empresa lo tiene" (p. 32) y más adelante concluye: "para combatir la corrupción en las empresas debería mejor pensar en fortalecer las sanciones administrativas existentes" (p. 33); explicación que, a nuestro modo de ver, resulta acertada. Empero, tales argumentos no son compartidos por Ruiz Rengifo (2015) y señala lo siguiente:

> Las agrupaciones no son una ficción, son reales (teoría de la realidad), tienen voluntad e intereses distintos de las personas físicas que la conforman, por ende tienen vida propia; pueden cometer delitos a través de sus órganos debiendo soportar como ente las sanciones penales; las personas físicas no son las únicas que le interesan al derecho penal de hoy, sino también las personas jurídicas que existen en las actuales relaciones humanas; en la práctica diaria los entes colectivos se dedican a actividades distintas para la cual fueron constituidas como el caso de la contaminación ambiental, las estafas colectivas, la criminalidad de empresa, los fraudes tributarios, entre otros; las penas propias para las agrupaciones como la disolución, la amonestación privada o pública, la publicación de sentencia, el nombramiento de nuevos administradores, etc., cumplen el mismo cometido de prevención que las personas físicas; los entes colectivos tienen capacidad de acción como lo reconocen los derechos civil, administrativo, laboral, etc., son destinatarios de deberes jurídicos y por tanto pueden violarlos. (pp. 150-151).

Algunos afirman que en Colombia es factible hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica a partir del contenido del artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, el cual señala la suspensión y cancelación de la personería jurídica, que son vistas por algunos estudiosos como consecuencias jurídicas. Esta disposición señala que en cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a: i) la suspensión de la personería jurídica o ii) al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se ha: a) dedicado total o b) parcialmente al desarrollo de actividades delictivas, lavado de activos, por ejemplo. Tales medidas se dispondrán de manera definitiva en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

Algunos sostienen que tales instituciones no pueden ser vistas como consecuencias jurídicas, sino propiamente medidas cautelares y así lo señala la ley y lo reafirma la jurisprudencia de la Corte Constitucional (ver entre otras: Sentencia C-558, 2004). Ramírez Barbosa (2009), por ejemplo, ha señalado lo siguiente:

> Sin lugar a dudas, se trata de una medida procesal cautelar, tendiente a evitar la comisión de las actividades delictivas en el interior de establecimientos o locales, como también se continúe la actividad criminal por parte de una persona jurídica o natural, cuando existan razones fundadas para ello. (p. 380).

Considera, además, que es conveniente aplicar con frecuencia esta medida cautelar "toda vez que muchas de las organizaciones criminales se valen de empresas fachada y sociedades mercantiles para garantizar la realización y consumación de los delitos, y posibilitar las ganancias económicas" (p. 380). Zúñiga Rodríguez (2001b), por su parte, considera que sí es una consecuencia jurídica la suspensión de la personería jurídica porque está orientada a privar derechos, se coincide entonces con el concepto de pena. En páginas posteriores, a este respecto, Zúñiga Rodríguez (2001b) señaló lo siguiente:

> El legislador del 95 al contemplar en el art. 129 'consecuencias accesorias' para sancionar a las personas jurídicas, lo que en realidad ha hecho es eludir una cuestión de fondo cual es pronunciarse por la propia responsabilidad penal de las mismas, acudiendo a una fórmula terminológica que ha dado lugar a un desconcierto en la doctrina. El problema de la naturaleza jurídica estas 'medidas' no es baladí, porque para aplicar este precepto es necesario establecer criterios claros de atribución. Si contemplamos las características fundamentales de estas consecuencias, es decir si realizamos un proceso de abstracción para establecer su conceptualización, observamos que se trata de privación de bienes jurídicos, impuestas por un órgano penal ante la comisión de un delito, siguiendo los criterios de prevención especial con el concepto de pena. Esta conceptualización coincide materialmente con el concepto de pena. (pp. 92-93).

Como se evidenció, determinar la naturaleza jurídica de la suspensión de la personería jurídica no es tarea fácil. Si aceptamos la cancelación o suspensión de la personería jurídica como medidas procesales cautelares y no como consecuencias jurídicas, dificulta entonces hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia. No menos importante es anotar que la doctrina autorizada ha identificado una serie de mecanismos para controlar a la persona jurídica por la comisión de ilícitos, entre otras: *del actuar por otro* y se caracteriza en cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales realizados por representantes tanto de personas naturales como jurídicas (Zúñiga Rodríguez, 2001a). Esta institución se encuentra en el artículo 29 del Código Penal colombiano al señalar lo siguiente:

> También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la

> figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado. (Ley 599, 2000, artículo 29).

De esta manera, los miembros de los organismos de administración de una persona jurídica que no ostenten la calidad de representantes legales de esta no pueden ser responsabilizados como autores de un delito. Podrán ser responsabilizados como partícipes o como determinadores de la conducta de quien sí tiene dicha calidad de representante. Ha de advertirse que esta norma no menciona a los administradores, de ahí la dificultad en cuanto a su aplicación cuando no todos los administradores ostentan la calidad de representantes legales.

Zúñiga Rodríguez (2001b) ha identificado varias críticas frente a esta figura. Citaré dos de ellas. La primera alude a que "cuando el representante es una persona jurídica (cosa que sucede en muchísimos casos hoy en que se confía la gestión y representación a empresas especializadas) no podría aplicarse la figura del actuar en nombre de otro" (p. 76). La siguiente indica que cuando el representante "realiza el hecho típico, pero no es responsable (porque actúa en error o en situación de no exigibilidad) no se le podrá sancionar" (p. 77).

Lo anterior es desde la doctrina, miremos qué ha dicho la jurisprudencia. La Corte Constitucional en la Sentencia C-320 de 1998 ha aceptado la responsabilidad penal de la persona jurídica. Es pertinente citar varios apartados de una providencia:

> En el campo de ciertos delitos la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas, resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad. Es el caso de los delitos vinculados con el delito de lavado de dinero proveniente del enriquecimiento ilícito, de los delitos financieros que afectan a los pequeños ahorradores, de los delitos de peligro común o que puedan causar grave perjuicio para la comunidad, de los delitos que amenacen el ambiente o causen daños en él, de los delitos cometidos contra los consumidores. En una economía dominada por los grandes capitales, las acciones sociales gravemente desviadas no pueden siempre analizarse a partir del agente individual. De otro lado, la realización de hechos punibles en el seno de las empresas (delincuencia económica y ecológica), pueden en muchos casos corresponder a políticas no explícitas que se desarrollan a través de periodos largos de tiempo y, además, a esquemas de acción que abarcan de manera más o menos intensa a empleados que no solo constantemente se renuevan, sino que apenas controlan procesos aislados de la compañía que, no obstante todo esto, se encuentra globalmente incursa en una actividad contraria a las normas penales y resulta ser beneficiaria real de sus resultados. (Sentencia C-320, 1998, pp. 10-11).

En la Sentencia C-674 de 1998, la Corte Constitucional también se pronunció sobre la aceptación de responsabilidad penal de la persona jurídica, al señalar lo siguiente:

> La imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en relación con los delitos a que se hace mención, no viola la Constitución política. De otra parte, tratándose de personas jurídicas y sociedades de hecho, la presunción de responsabilidad, apoyada en la prueba sobre la realización clandestina del hecho punible o sin haber obtenido el correspondiente permiso, tampoco comporta el quebranto de la Constitución política. Las actividades peligrosas que subyacen a los tipos penal descritos, autorizan plenamente al legislador a calificar la responsabilidad de un sujeto con base en determinados hechos. (Sentencia C-674, 1998, p. 15).

Como Colombia no admite la responsabilidad penal de la persona jurídica, aunque la Corte Constitucional ha advertido que su consagración no resultaba inconstitucional, surge la conveniencia de que el legislador contemple la responsabilidad penal de las personas morales amparándose en los fundamentos señalados por la citada corporación. Como se evidenció, el tema de la admisibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica no resulta nada pacífico. Por eso, Ruíz Rengifo (2006) ha concluido que el estudio de la responsabilidad penal de la persona jurídica se caracteriza en un estudio complejo:

> La sociología moderna se fundamenta en un conjunto de comunicaciones, una construcción sígnica, lingüística, en donde participan muchos sistemas (incluyendo los psíquicos) en los que cada uno tiene su propia interpretación. Una tal comunicación resulta compleja. Cualquier fenómeno social de atención es complejo no solo por el mismo, sino que si su respuesta será compleja. La complejidad de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige una respuesta compleja, en un contexto complejo. (p. 65).

De esta manera, podríamos afirmar que el estudio de viabilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica se torna en infinito, en una discusión intemporal. No menos importante es mencionar que la implementación de sistemas de responsabilidad penal de la persona jurídica en los distintos ordenamientos jurídicos del mundo se ha convertido en una tendencia que va en crecimiento. Por ello, como lo anota Caldas Botero (2010), "la discusión no se centra en si es posible mantener el viejo aforismo *societas delinquere non potest*, sino en qué sistema de responsabilidad penal empresarial se elige en cada país y

en determinar la forma de otorgar las garantías" (p. 269). En sentido coincidente explica Muñoz Conde (citado por D Albora, 2011), al considerar que ante un mundo globalizado es urgente establecer medidas contra las personas jurídicas, eso sí, estas deben ser "adecuadas a la propia naturaleza de estos entes" (Muñoz Conde, citado por D Albora, 2011) y concluye:

> Personalmente, me parece bien que el actual derecho penal disponga de un arsenal de medios específicos de reacción y control jurídico-penal de las personas jurídicas. Claro que estos medios deben ser adecuados a la propia naturaleza de estos entes. No pueden hablarse de penas privativas de libertad, pero sí de sanciones pecuniarias; no puede hablarse de inhabilitaciones, pero sí de suspensión de actividades o de disolución de actividades, o de intervención por parte del Estado. (p. 80).

Es de precisar que tales sanciones (sanciones pecuniarias, suspensión de personería jurídica) son aplicables también y con frecuencia en el derecho administrativo sancionador, y sin dificultad, para castigar a las personas jurídicas por la comisión de ilícitos que afectan el orden público económico. De esta manera, en Colombia se debe fortalecer (o ampliar) la aplicación del derecho administrativo sancionador para controlar o sancionar a las personas jurídicas por la comisión de ilícitos, eso sí, respetando el debido proceso, y con ello contribuye el respeto del carácter de *ultima ratio* del derecho penal.

Lo anterior es desde el derecho penal, miremos ahora desde el derecho administrativo sancionador. La responsabilidad de la persona jurídica en el derecho administrativo sancionador también ha sido un tema no pacífico en la doctrina (Ossa Arbeláez, 2009; Mejía Patiño, 2011; Euseda Aguilar, 2017; Baca Oneto, 2019). Pero, gústenos o no, el legislador colombiano ha establecido en el derecho administrativo sancionatorio la responsabilidad de dichas personas.

Un claro ejemplo es el del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que señala sanciones administrativas aplicables a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, así como a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros de sus funcionarios o empleados (Hernández Quintero, 2015). Se reconoce entonces a las personas jurídicas como sujetos activos de las infracciones administrativas. Sobre la aceptabilidad de la responsabilidad de las personas morales en el derecho administrativo sancionador, Mejía Patiño (2011) ha señalado lo siguiente:

> Se ha diseñado para el derecho administrativo sancionador, cada vez con mayor rigor, un modelo en el que se acepta la imposición de sanciones administrativas

> a las personas jurídicas; en cambio para el derecho penal, rige la máxima *societas deliquere non potest* (Molins, Raich, 1999), es decir, las personas jurídicas no son susceptibles de responsabilidad penal. (Mejía Patiño, 2011, p. 126).

Lo dicho por el profesor Mejía Patiño (2011) se evidencia por la expedición de normas jurídicas que consagran sanciones administrativas a la persona jurídica. Por vía legal admite a dicha persona como sujeto activo de las infracciones administrativas, que es lo contrario en el derecho penal, en el cual dicha persona no podrá ser sujeto activo de los delitos.

Lo anterior nos da a entender que las personas jurídicas son entes ficticios (Quiroz Monsalvo, 2000) con capacidad de cometer infracciones administrativas (Zúñiga Rodríguez, 2001b). Ante esta explicación algunos han preguntado lo siguiente: ¿si en el derecho administrativo sancionador se le reconoce dicha capacidad, por qué en el derecho penal no? o como lo critica Ruiz Rengifo (2015) al señalar que "es contradictorio que se acepte la capacidad de actuar de la persona jurídica en materia civil y administrativo administrativa?, y sin embargo negarla en materia penal" (p. 151).

Respecto del sistema o responsabilidad aplicable a las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador, en la actualidad, dichas personas están siendo investigadas a través del sistema objetivo, es decir, sin el estudio o análisis de los aspectos subjetivos como el dolo o la culpa. Sobre el tipo de responsabilidad o sistema que se debe analizar y aplicar a las personas jurídicas en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador, el Consejo de Estado, Sección Cuarta (8570), ha explicado lo siguiente:

> Dentro de esta misma concepción se considera que los sujetos activos en el derecho penal corresponden estrictamente a las personas naturales, pues solo respecto de ellas puede predicarse la culpa como elemento determinante de responsabilidad. En relación con los sujetos activos en el derecho administrativo, se admite que ellos pueden corresponder a una persona natural o a una persona jurídica, respecto de las cuales es admisible la fuerza mayor o el caso fortuito como eximentes de responsabilidad. (Sentencia 8570, 1998, pp. 37-38).

En el mismo sentido lo ha explicado Ramírez Cardona (1990), al señalar que las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador siempre son sancionadas con responsabilidad objetiva. Cuando el autor dice *siempre*, significa que no hay excepciones. Así lo señala el autor (1990): "Dada la índole de las

personas jurídicas o sociedades, estas responden siempre con responsabilidad objetiva" (p. 327).

Contraria a esta tesis, algunos han propuesto la posibilidad de responsabilizar a las personas jurídicas con responsabilidad subjetiva, específicamente a título de culpa (desde la teoría de la culpa por negligencia) (Jiménez Jiménez, 2015) o partir de la noción de *déficit de organización* (Baca Oneto, 2019). Jiménez Jiménez (2015), por ejemplo, insiste en que "no cabe duda respecto de que la teoría de la culpa por negligencia es predicable de las personas naturales, y de las personas jurídicas" (p. 98).

Nuestra postura. En el derecho administrativo sancionador tributario no es conveniente responsabilizar a las personas jurídicas a través del sistema de responsabilidad subjetiva. Pues ella dificulta cumplir el objetivo de protección del deber de contribuir al financiamiento del gasto público, en razón de la difícil prueba del dolo o la culpa. Por eso se comparte lo explicado por el Consejo de Estado (17729), al precisar que este propósito (protección del orden público económico) no se cumple si aplicáramos la responsabilidad subjetiva:

> Finalmente, debe precisarse que en el ámbito del régimen cambiario se pretende alcanzar una finalidad de carácter político que consiste, básicamente, en la protección del orden público económico. Es en desarrollo de este objetivo que el Estado impone deberes a quienes ejecuten actos, contratos y operaciones en el mercado cambiario, cuyo control, para que sea oportuno y eficaz, demanda total objetividad por parte de la administración, lo cual no lograría que la efectividad del régimen sancionatorio en esta materia dependiera de la demostración de factores subjetivos como el dolo y la culpa, sin descontar, claro está, que ciertas actividades solamente son ejercidas por personas jurídicas, como es el caso de los intermediarios del mercado cambiario, que según las voces del artículo 8 de la Ley 9.ª de 1991 son las instituciones financieras o entidades que tienen por objeto exclusivo realizar operaciones de cambio, respecto de quienes obviamente no sería posible adelantar un juicio de culpabilidad. (Sentencia 17729, 2011, p. 16).

En mismo sentido ha explicado Galvis Arteaga (2019) al señalar que en materia tributaria no es de recibo la responsabilidad subjetiva, al concluir lo siguiente:

> Dar cuenta de los tipos de responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano y demostrar argumentativamente que en materia tributaria no es de recibo la responsabilidad subjetiva. Amén de lo anterior y la tesis que ha predominado en el Consejo de Estado, que a las personas jurídicas no se les puede demostrar

> jurídicamente la culpabilidad, puesto que esto es única y exclusivamente de las personas naturales, cuando todos sabemos que los órganos directivos de las entidades están conformadas e integradas por personas que actúan con pleno conocimiento de sus actuaciones. (Galvis Arteaga, 2019, p. 121).

Hernández Quintero (2015) también acepta la responsabilidad objetiva en las contravenciones administrativas:

> Por ello, compartimos la apreciación del doctor Enrique Low Murtra, quien refiere que buena parte de las normas sancionatorias del derecho financiero fue establecida del orden público y económico y exige de la administración una actuación pronta y un juicio objetivo, tornándose en imposible, según sus palabras, aplicar criterios de culpabilidad en este campo. (Hernández Quintero, 2015, p. 142).

De esta manera, las sanciones administrativas tributarias determinadas para las personas jurídicas excluyen la prueba de los factores subjetivos propios del derecho penal como el dolo o la culpa. Lo anterior, y ya lo dijimos en alguna oportunidad, no significa que las sanciones por imponer son de plano (o aplicación automática), pues, a los procesados se les debe garantizar el debido proceso. No puede haber responsabilidad objetiva sin el previo agotamiento del debido proceso. Por eso tiene razón la Corte Constitucional en la Sentencia C-010 de 2003 al señalar que:

> La circunstancia de que las sanciones impuestas a los infractores del régimen cambiario excluyan la prueba de factores subjetivos propios de las conductas delictivas, como son el dolo y la culpa, no significa el desconocimiento del debido proceso, pues la imposición de las condignas sanciones no se hace de plano y sin procedimiento alguno, sino previo el agotamiento de un debido proceso. (Sentencia C-010, 2003, p. 20).

Es más, el Estatuto Tributario, con sus reformas, permite a los procesados garantizar la debida notificación, el derecho a presentar y solicitar pruebas, el derecho de defensa, y a la vez, el de contradicción, así como la posibilidad de interponer recursos a las sanciones decretadas, aplicación de los principios de proporcionalidad, de lesividad y favorabilidad. Estos son sin duda el desarrollo o aplicación del debido proceso, independiente de si aplicáramos criterios de responsabilidad subjetiva u objetiva, porque no puede existir un acto administrativo sancionatorio sin el previo agotamiento del debido proceso.

En relación con lo anterior, el eje transversal a todo procedimiento administrativo sancionatorio se encuentra en las notificaciones. No basta que la DIAN profiera el acto administrativo sancionatorio, sino que también es su deber notificarlo por el medio que corresponde y por supuesto, dentro de la oportunidad legal. Con la notificación se busca garantizar que los sujetos procesales (por así decirlo) que intervienen en el procedimiento administrativo de investigación conozcan de manera real y efectiva las decisiones (que se reflejan a través de actos administrativos) que en él se expidan.

No menos importante es anotar que la ausencia de notificación de un acto administrativo no lo torna en ilegal, sino que lo hace inoponible e ineficaz frente a quien lo desconoce, así lo ha advertido el Consejo de Estado en varios pronunciamientos (13001-23-31-000-2001-02023-01). Señaló, además, que la falta de notificación del acto administrativo no atenta contra la validez, sino que afecta su eficacia; la notificación del acto es un presupuesto de eficacia, más no de validez. De esta manera, la ausencia de notificación es un factor extrínseco que solo puede generar la no producción de efectos jurídicos y, por ello, no es causal de nulidad que señala la Ley 1437 de 2011 (Forero Hernández, 2020).

5. La conveniencia de fortalecer o ampliar la aplicación del derecho administrativo sancionador en Colombia. La huida del derecho penal hacia al derecho administrativo sancionador

Como se evidenció, respecto de la admisibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas no es pacífica la doctrina. Algunos admiten, otros no. Si en Colombia se niega o impide hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Estado debe entonces fortalecer o ampliar la aplicación del derecho administrativo sancionador, eso sí, aplicando el debido proceso (garantizar el derecho a la defensa, por ejemplo), para controlar las infracciones administrativas cometidas por las personas jurídicas, y con ello se respeta el carácter de *ultima ratio* del derecho penal que tanto ha reclamado, y todavía reclama, la doctrina.

La experiencia ha demostrado que el derecho penal ha dejado de cumplir su función de *ultima ratio*, convirtiéndose en instrumento de *primera ratio* en manos del Estado. Este es un claro ejemplo del fenómeno de la huida hacia el derecho penal. Igualmente, se ha comprobado que el derecho penal no es un derecho adecuado para afrontar los problemas sociales y, por tal razón, el Estado debe preocuparse por fortalecer otros controles, entre ellos, el derecho administrativo sancionador. Este último ha funcionado bien, por lo menos —para

no generalizar— en el derecho administrativo sancionador tributario, cuyos procedimientos son eficientes y sus sanciones son eficaces, así lo ha demostrado la experiencia.

En esta ponencia se coincide con la explicación ofrecida por Enrico Ferri (citado por Reyes Echandía, 1989), al precisar que las personas jurídicas solo pueden ser autores de contravenciones administrativas (es de anotar que el autor asocia al derecho penal administrativo):

> Si la justicia penal solo debe ocuparse de los delitos propios y verdaderos valorados como síntoma de una personalidad más o menos peligrosa, es indudable que una persona jurídica, siendo, no una ficción, pero sí una abstracción, no puede ser delincuente en el sentido natural ni en el legal. Por ello si su actividad social se concreta en la comisión de algún delito, no personal sino colectivo, debe ser sometido a las normas del derecho penal administrativo, dejando al derecho penal común solo la represión de las conductas de los individuos personas físicas que realmente y con diversas aptitudes y actividades personales hayan deliberado y ejecutado el delito, siempre que este, no constituyendo una simple infracción contravencional, demuestre una peligrosidad criminal propia. (p. 30).

Son solamente aquellos que llaman infracciones administrativas susceptibles de ser imputadas (por así decirlo) a las personas jurídicas. El derecho administrativo sancionador, por lo menos, en materia tributaria, ha funcionado y sigue funcionando bien en Colombia y por ello es conveniente hacer la tarea de fortalecerla. De esta manera resulta indispensable retomar el principio básico según el cual el derecho penal solo opera como último recurso, como *ultima ratio*.

Considero entonces que el legislador se preocupe más por el fortalecimiento (o la ampliación) de aplicación del derecho administrativo sancionador en Colombia. De esta manera, da paso a la huida del derecho penal hacia el derecho administrativo sancionador (no en todo, como es obvio). Lo anterior contribuye la aplicación del derecho penal mínimo, uno de los movimientos que deslegitiman el sistema penal, que apunta a "la disminución del catálogo de hechos punibles, suprimiendo aquellas descripciones que no sean gravemente lesivas de la sociedad y tipificando sólo los comportamientos que en verdad causan hondo daño social" (Pérez Pinzón, 1994, p. 190).

6. Conclusiones

1. El derecho administrativo sancionador tributario es el conjunto de normas jurídicas que nos señala qué acciones u omisiones de los

contribuyentes o responsables constituyen infracciones tributarias y qué sanciones se imponen. Este derecho sancionador tiene como propósito preservar el deber de contribuir al financiamiento del gasto público y, por consiguiente, utiliza sanciones, por lo general, económicas; jamás sanciones privativas o restrictivas de libertad individual que son propias del derecho penal. Lo anterior permite afirmar que las finalidades del derecho administrativo sancionador (financiero y tributario, por ejemplo) son distintas que las del derecho penal y, por ello, no es conveniente aplicar los principios del derecho penal en las infracciones administrativas.

2. En el campo de estudio del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, se encuentran temas relacionados con los sistemas de responsabilidad subjetiva y objetiva. En el subjetivo se estudian los factores como el dolo y la culpa, que en el derecho penal son vistos como modalidades de conducta; acá se hace el estudio del nexo causal subjetivo.
3. En el objetivo no se estudian dichos factores, la sola inobservancia de la disposición administrativa hace acreedor al responsable de la sanción administrativa; no se hace el estudio del nexo causal subjetivo. En el derecho penal se aplica el régimen subjetivo; en el derecho administrativo sancionador (en materia tributaria) es objetivo.
4. En el primero sus sanciones son aplicables a las personas naturales, en cambio, a las personas jurídicas no, en virtud del aforismo *societas delinquere non potest* (las personas morales no son susceptibles de responsabilidad penal). En el segundo, derecho administrativo sancionador, sus sanciones son aplicables tanto a las personas naturales como a las jurídicas. En el derecho sancionador tributario sanciona a personas naturales y jurídicas (con frecuencia a estas últimas).
5. Si en Colombia se niega o impide hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica, el Estado debe fortalecer la aplicación (o ampliar su aplicación) del derecho administrativo sancionador, eso sí, aplicando el debido proceso (garantizar el derecho a la defensa, por ejemplo), para controlar las infracciones administrativas cometidas por las personas jurídicas y, con ello, se respeta el carácter de *ultima ratio* del derecho penal que tanto han reclamado, y todavía reclama, la doctrina. Son solamente aquellos que llaman infracciones administrativas susceptibles de ser imputadas (por así decirlo) a las personas jurídicas. El derecho administrativo sancionador, por lo menos en materia tributaria, ha funcionado y

sigue funcionando bien en Colombia y es conveniente hacer la tarea de fortalecerlo.

Un buen sector de la doctrina ha criticado la aplicación de responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador y propone aplicar el sistema subjetivo, específicamente a título de culpa (teoría de la culpa por negligencia) o a partir de la noción de déficit de organización. Insiste la doctrina que la aplicación de responsabilidad subjetiva en el derecho administrativo sancionador y en el derecho penal es ajustada a la actual Constitución política, dado que ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado.

Para nosotros no es conveniente que en el derecho administrativo sancionador castigue a la persona jurídica con responsabilidad subjetiva (con análisis de factores como el dolo o la culpa), porque esta rama del derecho público tiene como objetivo la protección del orden público económico y tal propósito se cumple con la aplicación del sistema objetivo, dado que no queda supeditado a la difícil prueba de los factores subjetivos como son el dolo y la culpa.

Resulta coherente responsabilizar a la persona jurídica en el derecho administrativo sancionador tributario con responsabilidad objetiva. Eso implica que no se debe demostrar aspectos subjetivos como el dolo y la culpa. Pero no significa que las sanciones operan de plano, pues, a la persona jurídica investigada (o procesada) se le debe dar la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, y así lo ha demostrado en la práctica. No puede haber una responsabilidad objetiva sin debido proceso.

Referencias

Abello Gual, J. A. (2015). *Derecho penal empresarial* (2.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Leyer.

Baca Oneto, V. S. (2019). El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial referencia al derecho peruano. *Revista digital de derecho administrativo, 21,* 313-344. doi: https://doi.org/10.18601/21452946.n21.13

Barón Barrera, G. Á. (2016). *Transformación del derecho administrativo en derecho económico* (1.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.

Bernate Ochoa, F. (2007). El derecho penal económico. Cuestiones problemáticas. En H. A. Hernández Quintero (Ed.), *Cuadernos de derecho penal económico* (pp.13-43). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.

Caldas Botero, L. F. (2010). Globalización y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a las empresas. En *XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 267-303). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.

Cahn-Speyer Wells, P. (2011). Naturaleza de la sanción por inexactitud. Causal de exculpación por diferencias de criterios. En *Estudios críticos de jurisprudencia tributaria* (pp. 289-315). Bogotá, Colombia: Ediciones Instituto Colombiano de Derecho Tributario, ICDT.

Constitución Política de Colombia. (2012). Colombia: Ediciones Legis.

D Albora, F. J. (2011). *Lavado de dinero* (2.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ad-Hoc.

Decreto 2117 (31 de diciembre de 1992). *Diario Oficial,* (40.703). Recuperado de https://www.redjurista.com/Documents/decreto_2117_de_1992_ministerio_de_hacienda_y_credito_publico.aspx#/

Euseda Aguilar, R. A. (2017). Imputabilidad de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador. *Revista entorno, 63*(1), 39-44.

Fernández Carrasquilla, J. (1992). *Concepto y límites del derecho penal* (1.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones TEMIS.

Forero Hernández, C. F. (2019). El delito de omisión del agente retenedor o recaudador en Colombia, ¿un delito socioeconómico. En *Aspectos actuales del derecho penal económico en Colombia* (pp. 65-110). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.

Forero Hernández, C. F. (2020). *El acto administrativo.* Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez.

Galvis Arteaga, J. Á. (2019). El debido proceso en materia tributaria al régimen de responsabilidad objetiva. *Revista de Derecho Fiscal, 14(2),* 121-142.

Gil Botero, E. (2012). El debido proceso en las actuaciones contractuales. *Responsabilidad civil y del Estado, 30*(1), 43-62.

Hernández Quintero, H. A. (1991). *Delitos económicos en la actividad financiera* (1.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Hernández Quintero, H. A. (2006). Aspectos procesales de la delincuencia económica. *Dos mil tres mil, 1*(10), 71-82.

Hernández Quintero, H. A. (2008). La problemática del delito previo frente al lavado de activos. *Cuadernos de derecho penal económico,* (2), 143-166.

Hernández Quintero, H. A. (2012). Delitos, contravenciones penales e infracciones administrativas: un rastreo doctrinal y jurisprudencial. *Dos mil tres mil, 1*(14), 61-92.

Hernández Quintero, H. A. (2015). *Los delitos económicos en la actividad financiera* (7.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez.

Jiménez Jiménez, D. (2015). *La culpa en el derecho sancionador* (1.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Temis- Universidad de los Andes.

Márquez Cárdenas, Á. E. (2004). *La delincuencia económica.* Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez.

Mejía Patiño, O. A. (2006). Situación del derecho administrativo sancionador en el ordenamiento jurídico colombiano. *Dos mil tres mil, 1*(10), 95-110.

Mejía Patiño, O. A. (2009). Aplicación de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador. *Cuadernos de derecho penal económico, 1*(3), 31-54.

Mejía Patiño, O. A. (2011). El principio de culpabilidad en las potestades sancionadora del Estado. Especial referencia al régimen de responsabilidad exigible en el Sistema Financiero colombiano. *Cuadernos de derecho penal económico, 1*(5), 115-136.

Ossa Arbeláez, J. (2009). *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática* (2.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Legis.

Oviedo Arbeláez, C. A. (2008). Constitución económica y derecho penal: derecho penal económico en Colombia. *Cuadernos de derecho penal económico, 1*(2), pp. 45-70.

Pérez Pinzón, A. O. (1994). *Curso de criminología* (4.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones FORUM PACIS.

Pérez Pinzón, A. O. (2003). *Introducción al derecho penal* (5.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez Jurídica.

Quiroz Monsalvo, A. (2000). *Manual de civil. General y sujetos de derecho Tomo I* (2. ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez.

Ramírez Barbosa, P. A. (2009). Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo procesal de Colombia En *Estudios de derecho penal económico* (pp. 357-403). Ibagué, Colombia: Ediciones Universidad de Ibagué.

Ramírez Cardona, A. (1990). *Derecho tributario* (4.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones TEMIS.

Ruiz Sánchez, G. L. (2007). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En *Cuadernos de derecho penal económico n.° 1* (pp. 63- 90). Ibagué, Colombia: Ediciones Universidad de Ibagué.

Ruiz Sánchez, G. L. (2009). Tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. En *Cuadernos de derecho penal económico n.° 3* (pp. 55-88). Ibagué, Colombia: Ediciones Universidad de Ibagué.

Ruiz Rengifo, H. W. (2006). *La exigencia de un método en el debate actual de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (1.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez.

Ruiz Rengifo, H. W. (2015). *La responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Introducción para una responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia* (1.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez.

Sentencia 3116. (1991). Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Guillermo Chahín Lizcano.

Sentencia 3622. (1992). Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Consuelo Sarria Olcos.

Sentencia T-011. (1992). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia 4524. (1993). Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Jaime Abella Zárate.

Sentencia T-145. (1993). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-259. (1995). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-320. (1998). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia 8805. (1998). Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva.

Sentencia C-674. (1998). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia 8570. (1998). Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla.

Sentencia C-038. (1999). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T-873. (1999). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-544. (2001). Corte Constitucional de Colombia. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-551. (2001). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-554. (2001). Corte Constitucional de Colombia. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-506. (2000). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-391. (2002). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-948. (2002). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-506. (2002). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia 12094. (2002). Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié.

Sentencia C-010. (2003). Corte Constitucional de Colombia. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia 13495. (2004). Consejo de Estado de Colombia. Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa.

Sentencia C-558. (2004). Corte Constitucional de Colombia. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-818. (2005). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-720. (2006). Corte Constitucional de Colombia. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-025. (2009). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-105. (2010). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-595. (2010). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-371. (2011). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia 17729. (2011). Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo.

Sentencia C-551. (2015). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Vervaele, J. A. (2011). Un enfoque histórico al derecho penal económico y financiero. En *Reflexiones jurídicas y políticas n.° 3* (pp. 9-53). Ibagué, Colombia: Ediciones Universidad de Ibagué.

Vidal Perdomo, J. (2004). *Derecho administrativo* (12.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Legis-Universidad del Rosario.

Zornoza Pérez J. J. y Muñoz Martínez, G. (2010). Infracciones y sanciones tributarias. En *Curso de derecho tributario, procedimiento y régimen sancionatorio* (1.ª ed.) (pp. 803-867). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.

Zúñiga Rodríguez, L. (2001a). Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿hacia una administrativización del derecho penal o una penalización del derecho administrativo sancionador? En L. A. Arroyo Zapatero e I. Berdugo Gómez de la Torre (Coordinadores), *Homenaje al Dr. Barbero Santos. In memorian* (pp. 1417-1444). Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=606543

Zúñiga Rodríguez, L. (2001b). Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal. En *Criminalidad organizada y delincuencia económica* (pp. 55-98). Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez.

Bibliografía recomendada

Sentencia C-690. (1996). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia 8971. (1999). Consejo de Estado de Colombia. Consejero Ponente: Daniel Manrique Guzmán.

Sentencia C-041. (2006). Corte Constitucional de Colombia. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-1121. (2008). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Sentencia 13001. (2016). Consejo de Estado. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés (E).

¿Es una necesidad actual sancionar penalmente a las personas jurídicas en Colombia?

María Cristina Solano de Ojeda*

Desde hace varios años se ha venido discutiendo en Colombia si debe o no sancionarse a las personas jurídicas como responsables de conductas tipificadas penalmente. Recientemente se había radicado en el Senado de la República el proyecto de ley n.° 117 de 2018 que, entre otras acciones, buscaba imponer el sistema penal para las personas jurídicas, implicadas en actos de corrupción, a la vez que pretendía castigar drásticamente a los gestores y propietarios de dichas personas. Además, la iniciativa contemplaba ampliar la prescripción de la acción disciplinaria contra funcionarios y servidores públicos de cinco a veinte años. Al mismo tiempo se prohibía contratar con el Estado y se ordenaba la extinción de dominio exprés, en los delitos contra el patrimonio económico, amén de fortalecer la denuncia ciudadana, y sobre todo rechazar la corrupción.

El punto que tiene mayor interés, para este trabajo, es el examinar si es necesario para el país la incorporación de las personas jurídicas, al listado de sujetos penalmente responsables. Sin embargo, la fallida propuesta, que tuvo su origen en la consulta anticorrupción, no fue acogida por el Congreso y ha pasado al archivo. Como razón para que el proyecto fuera desestimado, solo se encuentra una noticia de Agencia EFE, datada el 20 de julio de 2019 y titulada *Polémica en Colombia por un proyecto anticorrupción que se hundió en el Congreso*. Todo ello, porque al parecer la causa solo obedeció al desinterés

* Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, especialista y magíster en Derecho Penal y Criminología. Profesora de tiempo completo de la Universidad de Ibagué. Miembro del Grupo Zoom Politikon de la misma Universidad.

del Congreso de la República en abordar temas de corrupción. No obstante, lo ocurrido con el proyecto de ley citado, juristas creen que las personas jurídicas deben responder penalmente de algunos delitos, que se conocen como actos propios de corrupción. Esto es, los que atentan contra el orden económico social, contra el patrimonio del Estado para no citar sino estos pocos ejemplos.

Otra razón que, al parecer se consideró como argumento, para negar el proyecto, es la de que Colombia, hasta el momento no ha firmado ningún tratado que la obligue a elevar a la categoría de sujeto de delitos a las personas jurídicas. Otra cosa muy diferente es que los Estados tengan la obligación de prever mecanismos para sancionar la responsabilidad de las personas jurídicas, por hechos de corrupción (Jacques, Simhom, 2018).

1. Propuestas para sancionar a las personas jurídicas

Las propuestas para sancionar a las personas jurídicas se contemplan desde un doble punto de vista. El primero, conocido como responsabilidad por transferencia que parte del supuesto que la persona jurídica debe responder por las conductas punibles que realizan las personas naturales que la controlan o la representan. El segundo, como aquel que pretende construir una culpabilidad propia de la persona jurídica independiente de la responsabilidad penal que le pueda corresponder a las personas naturales que la dirigen o representan.

Dentro de las actuales corrientes penales solo parece quedar claro que la política criminal tiende a proponer respuestas penales para las personas jurídicas. Lorenzo Morillas Cueva, en su texto *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* apunta que estas se han examinado desde diferentes puntos de vista; esto es, desde el derecho penal o, en otros sectores, pero relacionados con la responsabilidad de este tipo de personas. Morillas (2011) las sintetiza así:

> a) responsabilidad civil, subsidiaria o cumulativa de las personas jurídicas por los delitos realizados por sus empleados; b) sanciones específicas de tipo administrativo, desarrolladas fundamentalmente en los ordenamientos jurídicos de influencia germana en los que se establecen sanciones para estas figuras colectivas tanto en el derecho de contravenciones (Ordungswidrigkeiten) como en el derecho penal administrativo, sobre la base esencial de las multas administrativas, sistemas auxiliares que han sido descritos como hijos menores del derecho penal y que, en muchas ocasiones, llevan a la utilización de una especie de leyes 'penales' complementarias que sin ser auténticamente penales sus sanciones pueden ser mucho más graves cuantitativamente, en relación con la multa, que las

> pecuniarias penales; c) auténtica responsabilidad penal que se incorpora al ámbito punitivo y que supone la asunción directa de dicha responsabilidad para las personas jurídicas a través de la imposición de verdaderas penas —por ejemplo, Gran Bretaña, Finlandia, Holanda, Bélgica, Francia, Austria y, después de la reforma de 2010, España—; d) empleo de medidas de seguridad como variable de la anterior, que sin llegar a las penas abre la puerta a la intervención punitiva, es el contenido de la propuesta realizada por el Proyecto español de 1980; e) utilización de sanciones casi penales que presentan un carácter mixto, como es el caso de las contenidas en la legislación italiana que siendo sanciones pecuniarias, y no penas, se imponen por jueces penales y sobre parámetros procesales y materiales semejantes a los empleados para la imputación penal, lo que conduce, en opinión de FIANDACA-MUSCO, a una especie de fraude de etiquetas desde el momento en que el legislador había querido formalmente definir 'administrativa' una responsabilidad que en su sustancia asume un carácter penal o para penal; f) vía intermedia entre la radical negación aplicativa del derecho penal a las personas jurídicas y la de imposición de penas, e incluso, de medidas de seguridad por la comisión de delitos, con la utilización, vía penal, de otras consecuencias, buena muestra de esta posición, al menos hasta la reforma de 2010, es el artículo 129 del Código Penal español que alude, como ya se ha visto y volveremos sobre ello, a las consecuencias accesorias. (p. 9).

Ahora bien, como no se trata de un estudio de todas las posturas que existen en la doctrina sobre la forma como se debe tratar la responsabilidad de las personas jurídicas, nos limitaremos a presentar los dos extremos en que se debate la doctrina sobre el tema. En efecto, la respuesta positiva o negativa a la imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha examinado desde diferentes perspectivas.

Un ejemplo de lo anterior, se encuentra en la publicación del tratadista Yesid Reyes Alvarado: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. El autor aborda el tema a partir de la dogmática jurídico penal y concretamente de los conceptos de acción y culpabilidad normativos, para considerar que según sea la concepción que tenga de esta, resulta posible imputar o no la responsabilidad de estas personas. Explica, además, que a partir de un planteamiento normativo según el cual la acción al dejar de ser un fenómeno natural y concebirse como una construcción del hombre para atribuir a una persona la responsabilidad, no es requisito la verificación de la relación causal, como tampoco la demostración de que existía una conducta con una orientación final a la producción de un daño, porque lo que interesa es que haya existido una forma de ataque al bien jurídico protegido.

Por lo tanto, para el profesor Reyes Alvarado (2008):

> Lo que el derecho penal censura es la conducta de quien, con desconocimiento de sus deberes de conducta (esto es, mediante la creación de un riego jurídicamente desaprobado), despliega una conducta que, al producir un resultado normativamente entendido como quebrantamiento de una norma penal (realización del riesgo en el resultado), puede ser considerada como una indebida forma de ataque al bien jurídico. (p. 45).

De manera que el concepto de personas, desde el punto de vista normativo, no es equivalente al de ser humano, esto es que, para inferir la responsabilidad penal, no basta con esta condición. Para ello, como dice Reyes Alvarado (2008), es preciso que ese ser humano haya procedido ilegítimamente contra un bien jurídico, o en contra de los deberes de conducta que le correspondía respetar en su mundo social. De tal manera que como el concepto de persona para el derecho penal "no es ontológico, sino normativo" (Reyes Alvarado, 2008, p. 46) al ser distinto al puramente biológico es posible predicar de la persona jurídica la responsabilidad penal.

Una postura interesante es la del tratadista Jesús María Silva Sánchez, quien se pregunta al abordar el tema, si las personas jurídicas realizan hechos delictivos o responden por los hechos delictivos de sus integrantes. Agrega que las tesis para responder a uno u otro interrogante se debaten entre "un modelo de responsabilidad por *atribución* y otro que denomina responsabilidad por *un hecho propio*" (Sánchez Silva, 2008, 130).

Sobre la propuesta de responsabilidad *por atribución* a la persona jurídica, según Sánchez Silva (2008) se debe presuponer que una persona natural integrada a la persona jurídica, como directivo u órgano de representación, realiza una conducta considerada delito, que se transfiere a la jurídica como actos propios. Esta concepción de la responsabilidad tiene su soporte en el derecho alemán canon 30 de la OWiG (multa administrativa).

También es desarrollado por la *identification doctrine* anglosajona (Sánchez Silva, 2008, pág 131), que considera que quien sea responsable de un delito, bien sea que realice el *actus reus o la mens rea,* es una persona física lo suficientemente importante en su estructura como para afirmar que expresamente el "*directing mind and will of the company*" (Sánchez Silva, 2008, pág 131) hacen que la persona jurídica pueda ser sancionada como acto de la sociedad. Para el profesor citado, este sistema de responsabilidad *alternativa* más que *acumulativa*, que permite

sancionar tanto a la persona jurídica como a la natural, viola el principio *non bis in ídem*. (Sánchez Silva, 2008, pág. 131)

En cuanto a la responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, no requiere que se transfiera la responsabilidad de la persona natural a la persona jurídica (Sánchez Silva, 2008). Se trata de una responsabilidad "anónima en cuanto a la intervención individual" (Sánchez Silva, 2008, p. 133), que a juicio de este profesor no descarta una posible responsabilidad de la persona física que realiza la acción.

Entendemos que la responsabilidad penal debe concebirse como un hecho propio, sin que dependa de lo que pueda atribuirse a la persona individual, aquello que no es fácilmente asimilable. Porque como anota Sánchez Silva (2008) ni la discusión que se hace en Europa de la llamada *"culpabilidad por defecto de organización*" (134) *y la "responsabilidad por la actitud criminal del grupo*" (134), propuestas para resolver la responsabilidad por el hecho propio, explica la responsabilidad penal de la persona jurídica por la transferencia del particular a la persona jurídica y, en tal medida, convertirla en sujeto del derecho penal.

Sánchez Silva (2008) considera que tiene beneficios y problemas frente a la actitud criminal del grupo o los defectos de organización porque en el segundo supuesto, el hecho de la responsabilidad de la persona jurídica debería limitarse *"en torno a la vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial*" (Sánchez Silva, 2008, p. 134), sin importar que el factor determinante para el resultado delictivo tuviere o no identificada la persona natural. De manera que en concepto de tan nombrado tratadista sería posible inferir responsabilidad de la persona jurídica cuando se trate de lo siguiente:

> Vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial, en la medida en que esta haya sino sido determinante de la producción del resultado delictivo por la actuación de alguna persona física identificada o no. Pero no está claro que pueda hablarse de que tal vulneración es un hecho de la propia persona jurídica. Más bien podría decirse, será un hecho de los órganos encargados de la vigilancia o coordinación del desarrollo de las actividades de la empresa. (Sánchez Silva, 2008, p. 134).

Superadas las teorías que pretenden explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde las proposiciones de la ficción o la realidad, lo cierto es que hoy no hay discusión en cuanto a que la naturaleza de las personas

jurídicas, como sujetos sociales es real y no ficción. Basta con observar que las personas jurídicas son los agentes económicos por excelencia como lo afirma Sánchez Silva (2008).

Por último, resta considerar si el hecho de tener esta naturaleza permite considerarlos destinatarios de las normas penales. Luego de hacer un recorrido por la doctrina penal, en torno al tema, Sánchez Silva (2008) llega a la conclusión que no resulta posible imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas. Sentencia que no le impide preguntar "¿dónde puede situarse el hecho propio y concreto de la persona jurídica que habría de dar lugar a la imposición a esta de consecuencias jurídico-penales?" (Sánchez Silva, 2008, p. 143) a lo cual él mismo responde:

> A mi juicio, está claro que las personas jurídicas pueden ir configurando con el tiempo, y sin que ello sea atribuible a nadie en particular, una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de sus integrantes (organizándose de una determinada manera o generando una actitud criminal de grupo). Y asimismo puede afirmarse que ese "estado de cosas" puede ser penalmente antijurídico, en tanto que lesivo de normas penales de valoración. Ahora bien: lo cierto es que esto no tiene nada que ver con un injusto personal, ni siquiera con la antijuridicidad objetiva de un hecho concreto. El injusto de la persona jurídica se hallaría, más bien, en una conducción de la vida jurídicamente desaprobada. Como ha expresado con claridad Lampe, la empresa potencialmente criminal da lugar a un injusto de sistema (*Systemunrecht*), ya por su filosofía criminógena, ya por su deficiente estructura de organización: esto constituye un *estado de injusto*. Desde luego, esto no constituye un hecho antijurídico suficiente para soportar una culpabilidad por el hecho que diera lugar a la imposición de una pena. Pero me parece que sí constituye la base fáctica suficiente para imponer, sin vulnerar el principio del hecho, consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas. (Sánchez Silva, 2008, p. 143).

De las dos posturas, para ilustrar este trabajo, la realidad es que el aforismo *societas deliquere nos potest* (una sociedad no puede delinquir), ya no es una máxima aceptable. Porque, se ha abierto paso la criminalidad organizada que se camufla en personas jurídicas y que por eso son consideradas como gestoras y encubridoras de la corrupción pública y privada. Sin duda, esto ha hecho surgir la necesidad de ampliar el número de sujetos susceptibles de cometer infracciones a la ley penal. Es decir, que el Estado ante la incontrolable criminalidad organizada debe adoptar medidas que la enfrenten para responder a esa nueva realidad social. La idea es que se requieren nuevas medidas de política

criminal que atiendan la participación de los entes morales a la corrupción que se gesta tras las personas jurídicas.

Hay más, algunos escritos consideran que la delincuencia económica opera bajo la figura de la persona jurídica, que en gran medida obstaculiza la aplicación de la justicia penal. Tal es la reflexión que se hace en la Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla 2015. De manera que, con la penalización de las personas jurídicas:

> … se buscan soluciones para enfrentar los nuevos desafíos, surgidos de las constantes y profundas transformaciones tecnológicas que afectan las relaciones sociales y laborales, los cuales no son superados por medio de criterios clásicos de imputación, válidos exclusivamente para el individuo. Surgen, así, necesidades de modificar las estructuras básicas de imputación y la de creación de nuevas reglas específicas para los entes colectivos. (Arns de Oliveira, 2015, p. 185).

Porque, el derecho penal clásico es insuficiente para responder a los comportamientos activos u omisivos de la sociedad moderna (Arns de Olivera, 2015). Así lo demuestran los ejemplos en las múltiples conductas contra el derecho penal económico, los delitos ecológicos o los de fraude a subvenciones, realizados por personas jurídicas. (Bacigalupo, citado por Arns de Oliveira, 2015) enuncia lo siguiente:

> La distribución de competencias dentro de una organización compleja, como tiene una persona jurídica, impide en la mayoría de los casos imputar el injusto a un sujeto concreto. Por lo tanto, ese sujeto insuficiente debe ser reestructurado para poder dar una explicación a los injustos penales cometidos por personas jurídicas en el tráfico jurídico de la sociedad moderna. La reestructuración de la idea del sujeto en el derecho penal significa, en consecuencia, una ampliación del ámbito de imputabilidad que abarca desde el individuo hasta una persona jurídica, cambiando el paradigma 'societas delinquere non potest' que, por otra parte, como se ha demostrado a lo largo de esta investigación, nunca ha sido tan claro en la doctrina como alguno de sus defensores pretenden hacer creer (84).

Esa realidad es la que ha dado lugar a que, desde los convenios internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o el Consejo de Europa o desde la propia Unión Europea (UE), se considere necesaria la implementación de sanciones contra las personas jurídicas. Sin embargo, no se ha precisado que este tipo de acción se deba efectuar desde la perspectiva del derecho

penal. Otra cosa es que se invite a que algunas conductas de las personas jurídicas sean sancionadas con penas que en realidad tengan un carácter de efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Para luchar contra la corrupción que se cobija bajo la figura de la persona jurídica, algunos países han extendido la responsabilidad penal a esos sujetos, valgan como ejemplo arbitrario Chile y España. Para el primero, mediante la Ley 20393 de 2009, se extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho y, para el segundo, la Ley Orgánica 5 de 2010 incorpora un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Concretamente en el artículo 129 del Código Penal (CP) incluye una lista de consecuencias jurídico-penales, denominadas "consecuencias accesorias" aplicables a estas personas.

Dentro del catálogo de las penas, se encuentra la multa y la inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, para contratar con el sector público, para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Ahora bien, como se trata de adoptar una postura sobre la necesidad o no de elevar a la categoría de sujeto penal a las personas jurídicas, en el momento actual procedemos a presentar argumentos para adherir a una de las tesis.

Una primera reflexión es la de afirmar que nada se opone a la inclusión de las personas jurídicos como sujetos penales. Esta conclusión se soporta en el hecho de que el derecho penal ha superado ampliamente los conceptos que pretendían explicaban su naturaleza desde perspectivas naturalistas del derecho penal. Entender el derecho penal como un producto normativo permite el estudio de su estructura sin consideración a fenómenos naturales o finalistas que invaden terrenos de la conciencia humana, lo cual resulta ajeno a la naturaleza normativa del derecho penal. Por esta razón no es un argumento el de que las personas jurídicas no pueden delinquir y que los productos de la corrupción solo pueden ser imputables a las personas naturales que las dirigen, administran o representan. Argumento sólido, bien estructurado, al lector le queda claro el planteamiento del autor.

Entonces, si nada se opone a que las personas jurídicas ingresen como sujetos activos de delitos, basta con que el legislador realice algunas modificaciones a la parte general del Código Penal, posiblemente a algunos capítulos de la parte especial y seguramente a las normas procesales, los códigos chileno y español serían referencia para consultar. No obstante, lo concluido, no creemos conveniente la intervención penal para el ente jurídico por razones diferentes a las dogmáticas.

Lo primero que debemos indicar es que la creciente corrupción en que se encuentra envuelta la nación que compromete, según noticia de la Corporación Transparencia por Colombia entre los años 2016 y 2018 de 372 hechos reportados por 46 medios de prensa nacional en los 32 departamentos, el 73 % es de carácter administrativa y corresponde al manejo de los fondos y potestades públicas por parte de funcionarios públicos, el 9 % privada y el 7 % judicial.

> El estudio también señala que, de los hechos asociados a la corrupción administrativa, los procesos de contratación pública continúan siendo el principal problema, **con una incidencia del 46 %.** Dentro del total de actores vinculados a hechos de corrupción, se evidencia que **el 39 % fueron funcionarios públicos y el 30 % autoridades electas por voto popular**, en este último grupo el 41 % fueron concejales, el 40 % alcaldes, seguidos por gobernadores diputados y senadores. En la investigación se identificó que **son cuatro los delitos que más cometidos en los hechos de corrupción, en primer lugar, se encuentra peculado o malversación de los fondos públicos** con un 18 %, le siguen la celebración indebida de contratos, falsedad en documento público y concierto para delinquir. (Herrera, 2019, s.p).

Ahora bien, en informe de la sección de Justicia del diario El Tiempo se afirma que el año 2018 se registraron 11 551 noticias criminales relacionadas con hechos de corrupción en los que se distinguen delitos por peculado por apropiación, por uso, por aplicación oficial diferente, peculado culposo; concusión, cohecho propio e impropio, cohecho por dar u ofrecer, interés indebido en la celebración de contratos, enriquecimiento ilícito y prevaricato por acción y por omisión. Además, explica que:

> La mayoría de estas noticias criminales llegaron como denuncias (7969), seguido por compulsas de copias en investigaciones (1552) e investigaciones de oficio (1363), entre otros medios, de acuerdo con datos del ente acusador, recopilados por la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ). En comparación, en 2017 en total hubo 11 721 noticias criminales por los mismos delitos, 8010 llegaron por denuncias; 1424, por compulsa de copias y 1396 fueron investigaciones de oficio iniciadas por los fiscales. Pero, aunque en ambos años hubo más de 10 000 procesos por presuntos hechos de corrupción, en menos del 10 % de los casos se llegó a una sentencia condenatoria, de acuerdo con las cifras recopiladas por la CEJ. En 2018 se logró una condena en 599 casos, mientras que en 113 hubo una sentencia absolutoria, y en la gran mayoría de los casos (60 %), el proceso terminó archivado.

> En 2017, las condenas fueron 488; las absoluciones, 106; y los procesos archivados llegaron a 4298 (64 %). Otro dato que llama la atención es que la mayoría de las condenas se logró por acuerdos o negociaciones. Así, en 2018, 333 condenas (51 % del total) fueron por acuerdos; 114 (por aceptación total de cargos; 106 por acusación directa de la Fiscalía y 3 por aceptación parcial de cargos por parte de los acusados. Datos de la Fiscalía recopilados por la CEJ, muestran que cada vez más el cierre de un proceso se da más por preacuerdos que en juicio. Mientras que en 2011, el 54 % de las sentencias se dieron por aceptación de cargos, el 29 % en juicio oral (acusación directa) y el 17 % en preacuerdos; para 2017 las sentencias por aceptación de cargos fueron del 24 %; las que se lograron en juicio, de 20,5 %; y el 36 % de las condenas ese año se lograron por negociación. (El Tiempo, 2019, s.p.).

Otra consideración está relacionada con la corrupción en el sector privado, donde se considera como una industria que afecta la democracia e impide el desarrollo de un país. De manera que "la creencia en la existencia de sobornos en el sector privado afecta la legitimidad del sistema político y disminuye las tasas de crecimiento de las firmas en niveles mayores que un aumento en la tributación", dice el Consejo Privado de Competitividad "el soborno aún es visto como una de las prácticas de corrupción más recurrentes en el entorno empresarial colombiano". (C.P. 28 nov., 2018)

Aunque se han presentado esfuerzos en la materia, como la adhesión de Colombia a la convención de lucha contra el cohecho transnacional de la OCDE, el soborno aún es visto como una de las prácticas de corrupción más recurrentes en el entorno empresarial colombiano. La última Encuesta global de fraude de EY, realizada a 2550 ejecutivos de 55 países, muestra que en Colombia el 94 % de los encuestados considera que los sobornos son recurrentes en el ambiente de negocios. En ese sentido, el país es únicamente superado por Brasil.

> Los resultados de la encuesta realizada por Transparencia por Colombia y la Universidad Externado, entregan evidencia adicional respecto al uso de sobornos en el sector privado. El 63 % de los encuestados piensa que **la principal motivación para ofrecer sobornos es que sin estos la empresa pierde negocios**, y un 53 % reconoce que **los pagos fueron un requerimiento por parte del funcionario involucrado**.
>
> En 2016 las modalidades de soborno más populares fueron pagos por agilizar trámites, con un 67 %; uso de contratos, con un 53 %; contribuciones políticas, con un 51 %. Sin embargo, solo un 8 % de los encuestados afirma que cuenta con registro contable de las contribuciones políticas, por lo que estos resultados

> confirman la permanencia de riesgos de corrupción en contiendas electorales. Además, **la entrega de sobornos como contribución política es una práctica usual, utilizada por el sector privado para capturar al Estado**. (C.P.C. 2018, s.p).

De lo anterior debemos deducir que la idea de penalizar a las personas jurídicas con el propósito de combatir la corrupción no es la respuesta para controlar la corrupción, bien sea para la eliminación, o por lo menos la disminución de este tipo de delincuencia. En este momento podemos referirnos a la Sentencia C-165 de 2019 en la cual la Corte Constitucional recuerda que en 2015 la OCDE recomendó al Estado colombiano reformar urgentemente su legislación para asegurarse que todas las personas jurídicas pudieran ser declaradas responsables de los hechos de corrupción y para "asegurar que los procedimientos contra personas jurídicas no dependan del inicio de procedimientos en contra de las personas naturales". (Sentencia C-165, s.p).

Además, la Ley 1778 de 2016 establece que es a la Superintendencia de sociedades a la que le corresponde aplicar los procedimientos administrativos previstos en ella y que de conformidad con la Ley 1437 de 2011 o Código Contencioso Administrativo, se refieren a la observación de los principios de debido proceso, igualdad, imparcialidad, presunción de inocencia, proporcionalidad de la sanción, seguridad jurídica, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad (Sentencia C-165, 2019). Agrega la sentencia que la intervención de la Superintendencia solo podrá darse cuando pretenda encontrar responsabilidad de las personas jurídicas por la conducta tipificada de manera detallada en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016; esto es el soborno internacional.

Se debe precisar que la Ley 1778 de 2016 solo toca un aspecto de la corrupción de las personas jurídicas, habiendo dado lugar a una demanda de inconstitucionalidad que la Corte resolvió en este año y que solo a manera de ilustración y en aras de la brevedad que impone el momento tocaremos tangencialmente.

En la sentencia C-165 de 2019 la Corte precisa que en caso de investigaciones adelantadas por la superintendencia:

> El ingreso que hagan al domicilio corporativo de las empresas que tenga por objeto recaudar evidencia necesaria para el debido cumplimiento de sus funciones, no constituye una injerencia en un ámbito protegido del derecho a la intimidad de las personas jurídicas y por lo tanto no puede ser catalogada como un registro de domicilio sujeto a reserva judicial. (Sentencia C-505, 1999, s.p).

Y más adelante, hace un comparativo de la diligencia que puede hacer el ente administrativo y el judicial y las consecuencias de uno u otro. Sin embargo, cuando hay oposición a la inspección en el caso de la autoridad administrativa, esta no puede ejercer la fuerza para realizarla porque ella es exclusiva potestad del órgano judicial. Entonces, la consecuencia de la negativa a la inspección que debe hacer la administración acarrea como consecuencia que de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 1778 de 2016 se impongan multas cuando se trate de documentos que tengan el carácter de privados. Por el contrario, la renuncia a facilitar la inspección permite al funcionario el uso de la fuerza. Por supuesto que en el momento existen restricciones a la actividad de la Superintendencia porque muchas gestiones están reservadas a las autoridades judiciales, lo cual no justifica que como alternativa se deba recurrir a la jurisdicción ordinaria penal para resolver la situación de impunidad de las personas jurídicas.

El derecho penal que no es precisamente el mejor instrumento para la lucha contra la corrupción, se ha elegido como el mecanismo por excelencia para la protección de los bienes jurídicos como lo dice Rafael H. Chanjan Documet (2017). Sin embargo, el derecho penal es el instrumento de mayor estigmatización de la persona, se legitima en virtud de la función preventiva y garantista que se le asigna desde la doctrina (Chanjan Documet (2017).

Ciertamente, a nuestro juicio, el derecho penal, en un Estado Constitucional de derecho, no puede limitarse a retribuir un mal creado por el delincuente. De tal manera que las teorías absolutas de la pena no tendrían cabida porque se entienden como pago o retribución por el delito. La pena solo debe tener como objetivo el restablecimiento del derecho afectado con el delito, que en el caso de la corrupción debe buscar que la sociedad no pierda la fe en los estamentos del Estado y encuentre en el derecho el soporte de toda actividad del poder.

Para dar respuesta a este problema social se habla de cuatro teorías en cuanto al objeto de protección en los delitos contra la administración pública:

> a) La teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública, b) la teoría protección de la fidelidad al Estado (deber del cargo), c) la teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública y d) la teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la administración pública. (Chanjan Documet, 2017, p. 138).

Sin duda, la llamada Teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública, siguiendo las posturas de Jacobs, es expuesta en el

documento de Chanjan Documet (2017) y se soporta en las tesis del profesor Jakobs. Como tal, parte del supuesto que el derecho penal no protege bienes jurídicos sino las reglas de la sociedad Lo anterior, le permite afirmar a Chanjan Documet, lo siguiente:

> (…) el objeto de prohibición de los delitos contra la administración pública sería la decepción de la expectativa de que una 'institución' básica de la sociedad, como lo es el 'deber de velar por la sujeción a la ley de aquellos que están vinculados a la administración pública', funcione adecuadamente. Es decir, en esta lógica, los delitos contra la administración pública, en tanto 'delitos de infracción de deber se centrarían en asegurar las expectativas sociales de que los funcionarios cumplan con su deber de observar las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas'. (pg. 138).

La segunda teoría definida como de la fidelidad al Estado ("deber del cargo"), a decir de Chanjan Documet (2017), considera que los delitos contra la administración pública recaen sobre la fidelidad del Estado que tiene el funcionario con relación a este. Acota Chanjan Documet en cita a Cuenca (2017):

> Lo que plantea esta teoría es reducir el fundamento de punición de estos delitos a un incumplimiento de los deberes administrativos que se le imponen en el ejercicio del cargo, es decir, se tiene una lectura formal del bien jurídico protegido. Es por ello que algunos autores como Rodríguez Muñoz, Jaso Roldán y Rodríguez Devesa, en España, señalan que los delitos funcionariales son en puridad infracciones administrativas elevadas a la categoría de delitos. (pág. 139).

La Teoría del correcto funcionamiento como bien jurídico tutelado, considera que lo que se tutela es la función que se describe como la:

> (…) tarea constitucional de la administración pública, que consiste en servir con eficacia, coordinación, imparcialidad, jerarquía y objetividad, o legalidad —como concepto envolvente de los anteriores principios a los intereses sociales generales—. Es decir, se entiende a la administración pública como un bien jurídico de tipo funcional y no estático. Se protege a la administración pública, no porque esta merezca ello per se por su propia existencia, sino porque cumple determinados fines sociales amparados por la Constitución. En puridad, estamos ante la protección penal de la 'función pública'. (Chanjan Documet, 2017, pg. 140).

Tres teorías que muestran cómo la corrupción atenta gravemente contra los intereses del Estado, que obliga al mismo a combatirla con toda severidad. Al respecto nos ocuparemos de presentar brevemente los intentos de que las personas jurídicas responsables de delitos contra la administración pública, medio ambiente y otros delitos, respondan ante la justicia penal, sin lograr hasta el momento la puesta en marcha de un instrumento que cumpla tal propósito.

2. Antecedentes de sanciones penales a las personas jurídicas

Sentada la premisa *societas delinque potest,* que predica la capacidad de las personas jurídicas de cometer delitos y, por lo tanto, la potestad que surge para el Estado de considerarlas culpables y merecedora de pena, nos ocuparemos de examinar la historia reciente de los intentos por penalizar a las personas jurídicas. Al respecto, debemos decir que la jurisprudencia al estudiar los intentos del legislador para sancionar penalmente a las personas jurídicas, se ha mostrado esquiva como lo veremos a continuación.

Como ya lo explicamos, a partir del concepto tradicional de acción, no resulta posible imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. Pero, cuando la acción se estructura desde la norma que no depende ya de fenómenos naturales, es claro que las personas jurídicas pueden incursionar en la comisión de delitos y, por ello, ser declaradas responsables penalmente.

> En la Sentencia C-320 de 1998 la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de examinar la postura del legislador en un proyecto de ley 235 de 1996 Senado y 154 del mismo año Cámara de representantes, por el cual se establecía el seguro ecológico y se dictaban otras disposiciones, debido a que el presidente de la república lo había objetado. La norma en estudio rezaba:
> **Artículo 26.** Créase el artículo 247 B cuyo tenor es el siguiente:
> **Personas jurídicas.** Para los delitos previstos en los artículos 189, 190, 191 y 197 y en el capítulo anterior, en los eventos en que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multas, cancelación del registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones, podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva.
> Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente, se presumirá la responsabilidad objetiva de la persona jurídica. (Se subraya la parte objetada). (Sentencia C-320 de 1998)

La Corte, en su oportunidad, consideró el proyecto de ley en los artículos 189, 190 y 197 del Código desde un doble punto de estudio. De un lado, la naturaleza de los delitos, correspondientes en su orden a incendio, daño en obra de defensa común, provocación de inundación o derrumbe, tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos que se imputaran a una persona jurídica o a una sociedad de hecho, y del otro, que la conducta punible se realizara en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de autoridad competente.

El análisis constitucional se ocupa inicialmente de las personas naturales —gestores de la persona jurídica— para precisar que, la imputación que se le formulara no debía conducir de inmediato a la sanción penal, porque, antes se debe observar el debido proceso. Por otro lado, se debía respetar la presunción de inocencia, que implicaba que mientras esa persona no fuera vencida en el juicio y declarada responsable, no se le podía aplicar la pena. Luego, considera que a la "ley no se le prohíbe sancionar el abuso de la personalidad jurídica", solo que ha de hacerse con el respeto al debido proceso (Sentencia C-320, 1998).

Además, argumenta que la utilización del esquema societario con fines delictivos, como el enriquecimiento ilícito, puede dar lugar a la reacción penal que afecte al objeto social, el patrimonio social o la persona jurídica misma. Solo que las sanciones penales, se deben aplicar luego de demostrarse la responsabilidad y tener en cuenta que para las personas jurídicas las sanciones serán aquellas compatibles con su naturaleza. A manera de ejemplo se citan las pecuniarias, la cancelación del registro mercantil, la suspensión temporal o el cierre definitivo de la sede, etc. Por lo tanto, la Corte reflexiona que la norma:

> No descarta que el hecho punible pueda concretarse en cabeza de la persona jurídica. Así como una persona natural, por ejemplo, puede incurrir en el delito tipificado en el artículo 197 del C.P., por fabricar una sustancia tóxica sin facultad legal para hacerlo, es posible que ello se realice por una persona jurídica, en cuyo caso de acreditarse el nexo entre la conducta y la actividad de la empresa, el juez competente, según la gravedad de los hechos, estará facultado para imponer a la persona jurídica infractora una de las sanciones allí previstas. (Sentencia C- 320, 1998, s.p).

De lo dicho por la Corte Constitucional, nada se opone a que las personas jurídicas puedan ser sujetos del derecho penal y como tales merecedoras de una sanción, aquella que sea propia a su naturaleza. Ahora, la Corte no acepta

que se pretenda imputar una responsabilidad objetiva, para deducir la responsabilidad penal, porque esta forma de soportar la pena es, sin duda, violatoria de la Carta Política que la ha proscrito, para el derecho penal. Porque para la sentencia en comento:

> La imputación penal de ciertos delitos a las personas jurídicas no se deduce con fundamento en el puro nexo de autoría jurídica. Es indispensable a este respecto que la violación penal se haya cometido en el interés objetivo de la persona jurídica o que esta haya reportado beneficio material de este. La persona jurídica está sujeta al cumplimiento de variados patrones de diligencia en el ejercicio de su objeto (culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*). Así como el legislador civil gradúa las culpas, el legislador penal hace lo propio y consagra tipos penales en los que el ingrediente del delito lo constituye el dolo o la culpa. El reconocimiento de capacidad penal a las personas jurídicas exige que en su caso por fuerza la culpabilidad esté referida a un esquema objetivo que tome en consideración la forma particular cómo se coordinan los medios puestos por la ley a su disposición en relación con el fin por ellas perseguido, de modo que con base en este examen se deduzca su intención o negligencia. En este sentido es importante precisar que, si bien el objeto social contrario a la ley excluye el discernimiento o asunción de la personalidad jurídica, las actuaciones societarias que en desarrollo de este se cumplan con menoscabo de la ley por regla general no son incompatibles con dicha personalidad, aunque ciertamente exponen al ente corporativo a recibir las respectivas sanciones consagradas en aquella. (Sentencia C- 320, 1998, s.p).

Con sano criterio, sostiene que la posibilidad de que la persona jurídica sea sujeto del derecho penal no encuentra en la "Constitución política barrera infranqueable", (Sentencia C- 320, 1998, s.p). cuando aquellos que se pretende al penalizarla es mejorar la defensa de la sociedad frente a delitos de suma gravedad como los que versan sobre el medio ambiente o la seguridad ciudadana.

Amén de los planteamientos de la Corte constitucional, el legislador en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 le atribuye a la Fiscalía la facultad para solicitar al juez de garantías ordene la suspensión de la personería jurídica o el cierre temporal de establecimientos o locales abiertos al público:

> 'Cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas'. Estas mismas medidas se pueden adoptar 'con carácter definitivo' en la sentencia condenatoria 'cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que la originaron'. El artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 precisa que las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 'se aplicarán a las personas

> jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente'. (Sentencia C-603, 2016, s.p).

En este contexto, la medida procesal confirma una vez más la tesis de que la persona jurídica no está excluida de ser autor de delitos, como lo pensó y postuló la doctrina a mediados del siglo xx. Conviene advertir, que una cosa es que la persona jurídica pueda ser sujeto de sanción, pero no es necesario que esta sea de carácter penal. De lo que se sigue que la respuesta a las faltas en que incurran las personas jurídicas puedan ser sancionadas bajo régimen diferente al derecho penal, como serían las de contenido administrativo. Sobre el tema, ya mostramos que es tan severo como el derecho penal, pero se diferencia en que su naturaleza se acerca más a la de la persona jurídica, dejando para la natural el régimen penal.

Insistimos, que sobre el derecho administrativo sancionador instruye el principio de legalidad como se predica del derecho penal. Así, en la Sentencia C-242 de 2010 y luego reitero en la Sentencia C-699 de 2015 por la cual se declaró exequible el inciso tercero del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 y sobre el cual la Corte constitucional dijo:

> En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas. Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular. Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran —así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión— no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) "los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada"; (ii) "las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta"; (iii) "la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad. (s.p).

En la Sentencia C-491 de 2016 la Corte Constitucional ha definido los elementos y características del debido proceso que no porque se trate del derecho administrativo sancionar puede desconocerlos previsto en el artículo 29 de la Constitución política, que ordena aplicar el debido proceso a toda actuación penal o administrativa. Entre los precisados se encuentra:

> (i) la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de lograr una pronta resolución judicial; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías. (Sentencia C-491, 2016, s.p).

En materia administrativa, la misma sentencia establece que integran el debido proceso para todo tipo de actuación administrativa:

> (i) la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de lograr una pronta resolución judicial; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías. (Sentencia C-491, 2016, s.p).

Y, en relación con los objetivos de la norma administrativa, la misma sentencia explica que se debe garantizar:

> (i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) **el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas**; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados. Todas estas garantías se encuentran encaminadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho. Igualmente, esta corporación ha sostenido que estas garantías inherentes al debido proceso administrativo constituyen un contrapeso al poder del Estado en las actuaciones que desarrolle frente a los particulares. (Sentencia C-491, 2016, s.p).

La Corte Constitucional se ocupa luego de explicar el principio de legalidad con sus exigencias de la preexistencia de la norma, su origen en órganos

competentes, que limita la arbitrariedad administrativa, en la misma forma en que controla los excesos que pueda tener la aplicación de la justicia penal. De lo expuesto, se debe finiquitar la pertinencia del derecho administrativo sancionador, para no concentrar aún más cargas al derecho penal que se muestra incompetente en la lucha contra la corrupción. Todo lo dicho nos lleva a las siguientes conclusiones:

La corrupción no es una propiedad de las personas, es un contexto en el que se aprecian tres elementos que no son insólitos en la sociedad: "Uno interno desviación de intereses, uno adjetivo (abuso de poder) y otro material (ánimo de obtener un beneficio extra posicional)" (Castro Cuenca y Giraldo Castrillón, 2018, pág. 1).

Por esta causa se evidencia la desviación social que no es otra cosa que actos de corrupción, inicialmente sin mayor impacto, pero que va escalonando y tolerando por la sociedad, hasta alcanzar los niveles que denuncian alarmados nuestros medios de comunicación. En este sentido, para Castro Cuenca y Giraldo Castrillón (2018), la corrupción constituye una falla de la estructura del Estado, que no cuenta con suficientes elementos de control y de prevención, lo que lleva a la sociedad a reclamar la intervención del derecho penal, como al parecer se escucha para la crecente corrupción de las personas jurídicas.

Pero como ya lo afirmamos, las funciones definidas en el Código Penal para la pena, no han mostrado ninguna eficacia en el control social de los comportamientos. En el caso de la prevención mediante intimidación —prevención negativa— no es de recibo por una sociedad que asume todo tipo de riesgos, nada la lleva a desistir de alcanzar fines, aunque para ello debe defraudar a la propia sociedad. Además, anotan Castro Cuenca y Giraldo Castrillón (2018) "la anomia generalizada que muchas sociedades tienen frente a conductas como el amiguismo, el clientelismo o el tráfico de influencias", (p. 52), hace ilusoria esta finalidad sobre la que tantos tratadistas han conferenciado.

Al dejar de lado la prevención general negativa, intimidatoria la doctrina reconoce la llamada prevención general positiva que busca mantener vigente el derecho y que seguramente genera confianza en la sociedad. Efectos, que no son exclusivamente del derecho penal, porque las medidas serias y convincentes que se tomen en otros estamentos de la justicia contra los corruptos, —las personas jurídicas— convence y genera confianza.

La finalidad "retribución justa" (art. 4 del Código Penal) podría tener realización cuando el juez logre dictar sentencia en la cual la pena impuesta se

corresponda con el daño causado. Y la reinserción social que debe reflejarse solo en personas naturales no es del caso tratarla cuando se trata de personas jurídicas. Creemos que una vez sancionada, con la cancelación de su personería, no puede bajo ningún supuesto rehabilitarse.

Finalmente, como bien se sabe el derecho administrativo sancionador puede imponer consecuencias similares a las del sistema penal, e incluso, de mayor gravedad, sin que por ello podamos afirmar que se busca la impunidad para comportamientos tan graves como los de corrupción.

Referencias

Actualícese. (22, noviembre, 2018). *Soborno, el plato fuerte para la corrupción del sector privado crezca*. Recuperado de https://actualicese.com/sobornos-el-plato-fuerte-para-que-la-corrupcion-del-sector-privado-crezca/

Agencia EFE. (2019). *Polémica en Colombia por un proyecto anticorrupción que se hundió en el Congreso*. Recuperado de https://www.efe.com/efe/america/politica/polemica-en-colombia-por-un-proyecto-anticorrupcion-que-se-hundio-el-congreso/20000035-4005401#

Arns de Oliveira, M. H. (2015). Responsabilidad penal de la persona jurídica en el ámbito del derecho penal económico. *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla, 35*, 179-189. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n35/1870-2147-rius-9-35-00179.pdf

Castro Cuenca, C. G. y Giraldo Castrillón, J. (2018). Aproximación al análisis político criminal de la corrupción. *Integritas: Revista de ética, 1*(1), 52-70. Recuperado de https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/docs/Revista%20Integritas%20p_%2052-70%20(4_Aproximaci%C3%B3n%20al%20an%C3%A1lisis%20pol%C3%ADtico%20criminal%20de%20la%20corrupci%C3%B3n).pdf

Colombia. Ley 1778 de 2016. Diario Oficial. Año CLI. N. 49774. 2 de febrero de 2016.

Consejo Privado de Competitividad. *Corrupción el plato fuerte para que la corrupción del sector privado crezca.* 2018. https://actualicese.com/sobornos-el-plato-fuerte-para-que-la-corrupcion-del-sector-privado-crezca/

Chanjan Documet, R. H. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Revista Derecho Penal y Criminología*, *38*(104), 121-150. doi: https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04

Entre 2017 y 2018 apenas se lograron mil condenas por corrupción. (5, septiembre, 2019). *El Tiempo*. Recuperado de https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/balance-de-condenas-por-hechos-de-corrupcion-entre-2017-y-2018-408804

Günther, J. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 266 y 267

Herrera, M. F. (7, mayo, 2019). *Más del 70 % de los casos de corrupción en Colombia se presentan en el sector público.* Recuperado de https://www.rcnradio.com/colombia/mas-del-70-de-los-casos-de-corrupcion-en-colombia-se-presentan-en-el-sector-publico

Jacques, S. (2 de octubre de 2018). *¿Responsabilidad penal de las personas Jurídicas?* Diario *La República*. Recuperado de https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-2777319. Consultada 9 de junio de 2019

Morillas Cueva, L. (2011). La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Anales de Derecho* 29, 1-33. doi: http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho

Reyes Alvarado, Y. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. R*evista Derecho Penal Contemporáneo 25,* 43-66. Recuperado de

Sánchez Silva, J-M. (2008). La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas. *Derecho penal y criminología, 29,* 86-87. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/46564656_La_evolucion_ideologica_de_la_discusion_sobre_la_responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas

Sentencia C-699. (2015). Corte constitucional. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

Sentencia C-491. (2016). Corte constitucional. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-165. (2019). Corte constitucional. Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo.

Sentencia C-505. (1999). Corte constitucional. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-320. (1998). Corte constitucional. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-603. (2016). Corte constitucional. Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-242 (2010) Corte Constitucional. Magistrado ponente. Mauricio González Cuervo.

La función de control de la Superintendencia Financiera frente a las personas jurídicas vinculadas al bitcóin

Tatiana Vargas Nieto*

Introducción

Beck (1998) afirma que la globalización ha permitido que se experimenten y estudien en la actualidad y de manera diferenciada, los riesgos que se presentaban antes del siglo XIX. A partir de la primera mitad del siglo XX, se reconoce que estos mismos ya no se limitan a determinados lugares y grupos, en razón de que trascienden las fronteras de cada Estado y, en ese sentido, surge el concepto de amenazas globales. Por consiguiente, fenómenos internacionales como el bitcóin han obligado a que, en conjunto y de manera individual, los Estados adopten los mecanismos para hacer frente a la existencia de posibles riesgos asociados a las operaciones comerciales realizadas con este activo.

El presente capítulo se empeña en señalar algunos de los tratados y recomendaciones internacionales; resultado del reconocido esfuerzo que han empleado los diferentes Estados por evitar la concreción de algunas amenazas o riesgos globales como ocurre con el delito del lavado de activos. Así mismo, se estudian las leyes, decretos y actos administrativos más importantes expedidos en materia de control del sector financiero, por parte de la rama legislativa y ejecutiva del Estado colombiano, cuyo estudio permite la identificación de este sector, los deberes que le asisten y los riesgos asociados con esta actividad.

* Abogada egresada de la Universidad de Ibagué, estudiante de la Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Docente en formación de la Universidad de Ibagué. Investigadora del grupo Zoon Politikon. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0508-2220.

Posteriormente, se estudian de manera específica los pronunciamientos que ha emitido el Estado colombiano a través de la Superintendencia Financiera en torno al bitcóin. Los mismos señalan de manera unánime la inexistencia de respaldo para operar con este activo y advierten los riesgos que asumen las personas jurídicas que pertenecen al sector financiero.

En consecuencia, se sugieren algunas recomendaciones para este sector como la adopción de *compliance*, también conocido como programas de cumplimiento para quienes deseen superar el riesgo permitido de esta actividad al operar con bitcoines. De la misma manera, se enfatiza en la necesidad de adoptar todas las precauciones necesarias para que los empleados de estas empresas no incurran en el punible de lavado de activos sancionado en el artículo 323 del estatuto penal colombiano (Ley 599 de 2000), situación que es posible siempre que se demuestre que los mismos actuaron con conocimiento y voluntad sobre este delito. En otras palabras, con dolo, y se haga uso de la teoría de la imputación objetiva que permite adjudicarles responsabilidad como consecuencia de la posición de garante que detentan cada uno de los miembros del sector.

1. Antecedentes

Una de las primeras leyes que se conoce sobre regulación de la actividad financiera en Colombia corresponde con la Ley 51 de 1918 sobre establecimientos de crédito:

> El artículo 8 de esa norma dispuso la creación de la 'Inspección de Circulación', como dependencia del Ministerio del Tesoro|[1], responsable de ejercer control y vigilancia sobre los bancos establecidos en el territorio nacional. (López Garavito, 2003, p. 1).

Algunas posturas señalan que en razón de la falta de eficiencia en la aplicación de esta ley (Superintendencia Financiera de Colombia, 2008), se expide la Ley 45 de 1923 sobre los establecimientos bancarios, en la cual el artículo 19 determina la creación de "una sección bancaria encargada de la ejecución de las leyes que se relacionen con los bancos comerciales, hipotecarios, el Banco de la República y todos los demás establecimientos que hagan negocios bancarios en Colombia" (Ley 45, 1923, s.p.) que reemplazaría la inspección antes mencionada y que sería conocida como Superintendencia Bancaria.

[1] Hoy se conoce como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Otras miradas señalan que la creación de la Superintendencia Bancaria es el resultado de la visita de la Misión Kemmerer, de la que se afirma:

> Había sido contratada durante el gobierno del presidente Pedro Nel Ospina por recomendación del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América cuando Colombia recibe los primeros cinco millones de dólares de los veinticinco como resultado de la indemnización por la pérdida de Panamá en 1903. (Caballero Argáez, 2016, pp. 206-207).

Señala el maestro Hernández Quintero (2018), que esta misión también da origen a la creación del Banco de la República por medio de la Ley 25 de 1923, de la que se siguió una serie de normativas con las que se buscó fijar los estatutos del banco, sus funciones, entre otros aspectos, como su reconocimiento a rango constitucional. De otra parte, en 1936 nace la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, como una:

> Institución que serviría a los bancos para fijar las reglas, usos y costumbres bancarias aplicables en aquellos casos no explícitamente contemplados en la ley, defender los intereses de la industria bancaria en Colombia y establecer un enlace permanente y estable con las autoridades gubernamentales. (Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, s.f., s.p.).

Resulta necesario anotar que con el Decreto 2920 de 8 de octubre de 1982 se asignó la función de vigilancia y control del sector bursátil a la Comisión Nacional de Valores, entidad creada por la Ley 32 de 1979. La Constitución política de 1991 en el artículo 52 transitorio convierte esta entidad en la Superintendencia de Valores (Hernández Quintero, 2019).

En consecuencia, este mandato constitucional logra concretarse a través del Decreto 2739 del 6 de diciembre de 1991 "por el cual se adecua la estructura de la Comisión Nacional de Valores a su nueva naturaleza de Superintendencia de Valores" y, posteriormente, el ejecutivo expide el Decreto 4327 de 2005 con el que produce la fusión entre las Superintendencia Bancaria de Colombia y la Superintendencia de Valores, en el artículo 1 de la mencionada disposición para dar nacimiento a la Superintendencia Financiera (Presidencia de la república, 2005).

La Superintendencia Financiera, en adelante Superfinanciera, se identifica como "un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito

Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio" (Superfinanciera Financiera de Colombia, 2019, s.p.).

Con todo, no debe perderse de vista que es el constituyente la que le asigna al legislativo el deber de regular las actividades financieras, bursátiles y aseguradora, y abre el ámbito de competencia al incluir dentro del artículo 150, literal d) la expresión "y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público" (Constitución Política de Colombia, 1991, s.p.).

La actividad mencionada debe ser complementada por el poder ejecutivo, razón por la que se dispone igualmente en la Constitución que el presidente de la república debe:

> Artículo 189, numeral 24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles. (Constitución Política de Colombia, 1991, s.p.).

Para lograr el cumplimiento de este mandato constitucional por parte del máximo representante de la rama ejecutiva, se acude a las superintendencias, como organismos encargados de la inspección, control y vigilancia de los sectores asignados al presidente de la República de Colombia. De esta manera, la Superfinanciera tiene a su cargo la inspección, control y supervisión del sistema financiero colombiano, con el objetivo de lograr la preservación de la estabilidad, seguridad y confianza, así como la promoción, organización y desarrollo del mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados (Superfinanciera Financiera de Colombia, 2019).

Por lo anterior, para concretar en mejor medida las personas que se encuentran sometidas a su inspección y vigilancia, el Decreto 4327 de 2005 realiza sobre este punto una remisión normativa al artículo 325 del Decreto 663 de 1993, modificado, a la vez, por el artículo 72 de la Ley 975 de 2003, que establece:

> a) Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social

administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2 del artículo 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que pueden asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros y agencias colocadoras de seguros;

b) oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguradores del exterior;
c) el Banco de la República;
d) el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;
e) el Fondo Nacional de Garantías S.A.;
f) el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade;
g) las casas de cambio, y
h) las demás personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente.

Parágrafo 1. Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, según lo establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial en lo que resulte pertinente.

Parágrafo 2. Se encuentran sujetos a inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria los agentes de seguros de que trata el numeral 2 del artículo 5o. del presente estatuto. (s.p.).

Así, la Superfinanciera ejerce sus funciones sobre las personas anteriormente descritas, a través de la expedición de resoluciones de carácter general, circulares externas y cartas circulares, con las que para el primero de los casos, genera normas de carácter general y de imperativo cumplimiento para todas las entidades vigiladas, para el segundo imparte instrucciones, fija algunas normas de carácter general y, para el tercer caso, da a conocer información de interés para los vigilados y el público en general (Superintendencia Financiera de Colombia, 2019).

2. Evolución de los riesgos en el sector financiero

Se afirma que los retos de la sociedad moderna no corresponden en forma exclusiva con la distribución de las riquezas, sino que va acompañada del reparto

de los riesgos que son necesarios permitir, en razón del avance de las tecnologías y de algunos sectores de la vida social común. En consecuencia, el reconocido sociólogo alemán, Beck (1998), se pregunta acerca de los riesgos y presenta la siguiente reflexión:

> ¿Cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar, canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de «efectos secundarios latentes» de tal modo que ni obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo «soportable» (ecológica, médica, psicológica, socialmente)? (p. 26).

Frente a esta nueva realidad, la comunidad internacional ha intentado afrontar esta situación a través de la promoción de los tratados y recomendaciones internacionales que buscan la homogenización en las legislaciones internas tendientes a adoptar estrategias de prevención, reducción y control de riesgos. Para el caso del sistema financiero, la Recomendación n.° 80 expedida el 27 de junio de 1980, por el Comité de Ministros del Concejo de Europa, explica que la razón que inspiró la creación de estas recomendaciones obedece a la necesidad de evitar que el sistema financiero sea utilizado por los criminales para legalizar los dineros obtenidos en forma ilícita (Comité de Ministros del Concejo de Europa, 1980).

En ese sentido, ya no se pretende eliminar los riesgos, porque se entiende que los mismos hacen parte de forma intrínseca de las actividades económicas. En consecuencia, la única forma de garantizar a un 100 % la no ocurrencia de los mismos sería cerrándose al mercado, estrategia que no se corresponde con el modelo económico capitalista del que hace parte Colombia y la mayoría de Estados occidentales.

La invitación que se realiza tanto a los Estados como a las personas que participan dentro de la economía, corresponde con la administración de riesgos, con el objetivo de que, por ejemplo, en el caso de los bancos y otras instituciones financieras, no sean utilizados, como intermediarios para las transferencias o custodia de depósitos de fondos originados en actividades criminales, tal como se observa en la Declaración de los principios de Basilea de 1988 (Grupo de los once, 1988).

De esta manera, procedió la Superintendencia Bancaria en su momento, hoy Superifinanciera, con la expedición de las circulares 061 y 072 de 1996, 012

de 1999, 046 de 2002, 025 de 2003, 034 y 040 de 2004, 022 y 061 de 2007, 007 y 026 de 2008, 008 y 053 de 2009, 019 de 2010, 007, 010, 013 y 018 de 2013 por medio de las que se pretendió disminuir el riesgo de lavado de activos en el sector financiero (Hernández Quintero, 2014).

Por estas estrategias de carácter internacional e interno, encaminadas a la prevención, detección y sanción del lavado de activos y financiación del terrorismo, reflejados en los programas de cumplimiento, se afirma que el sector financiero es uno de los renglones de la economía en donde el riesgo está controlado, al menos en cuanto a los métodos tradicionales de los que se servían los criminales para corromper el sistema bancario. Sin embargo, como se advirtió en las primeras líneas, con el desarrollo de la tecnología se crean nuevos riesgos, tal es el caso de los criptoactivos, denominados erróneamente como criptomonedas que, de acuerdo con el informe entregado por la revista Dinero, para el caso colombiano, corresponde al Estado latinoamericano en el que más crece el mercado de bitcóin (Dinero, 2018).

Sobre este particular, algunas de las modificaciones que se han presentado a las 40 recomendaciones iniciales expedidas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que pretendió controlar en primera medida el riesgo de lavado de activos y posteriormente el riesgo de financiación del terrorismo en el sistema financiero, corresponde al control de estos riesgos a través de las nuevas tecnologías y sistemas de pago electrónico como el bitcóin, tal y como se muestra a continuación:

> Recomendación 15. Nuevas tecnologías: los países y las instituciones financieras deben identificar y evaluar los riesgos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo que pudieran surgir con respecto a (a) el desarrollo de nuevos productos y nuevas prácticas comerciales, incluyendo nuevos mecanismos de envío, (b) el uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como los existentes. En el caso de las instituciones financieras, esta evaluación del riesgo debe hacerse antes del lanzamiento de los nuevos productos, prácticas comerciales o el uso de tecnologías nuevas o en desarrollo. Los países y las instituciones financieras deben tomar medidas apropiadas para administrar y mitigar esos riesgos. (GAFI, 2012, p.16).

Por lo anterior y por la fuerza mediática que han adquirido estos activos, el Estado se vio obligado a emitir, a través del Banco de la República y de la Superfinanciera, pronunciamientos que buscaban esclarecer el proceder que debían adoptar las personas jurídicas vinculadas al bitcóin y otros criptoacti-

vos. De esta forma, el Banco de la República por medio de un concepto advirtió que de la interpretación realizada a la Resolución Externa n.º 8 del año 2000 y a la Circular Reglamentaria DCIN 83 de su propia entidad, se extrae que "las entidades financieras y del mercado de valores que actúan como Intermediarios del Mercado Cambiario no han sido autorizadas, en dicha condición, para emitir o vender Bitcóin" (Banco de la República de Colombia, 2017, s.p.).

En ese sentido, desde el año 2014, la Superfinanciera se ha pronunciado a través de cartas circulares, que como se estudió en el primer capítulo, corresponde con comunicaciones generales de carácter informativo a las personas vigiladas, y al público en general, en las que se comparte lo expuesto por el Banco de la República. De otra parte, se encuentra la Carta Circular 29 del 26 de marzo, emitida por la Superintendencia Financiera, en la que advierte sobre los riesgos que existen para los ahorradores que deciden cambiar las monedas de curso legal por la adquisición de criptoactivos, y procede a recodar una vez más a las entidades vigiladas que:

> No se encuentran autorizadas para custodiar, invertir, ni intermediar con estos instrumentos. Adicionalmente, corresponde a las personas conocer y asumir los riesgos inherentes a las operaciones que realicen con las 'monedas virtuales'. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, p. 2).

En el año 2016, se emite la Carta Circular 78 de noviembre 16, que reitera el contenido de lo dispuesto en la anterior Carta Circular, con fundamento en el oficio GG2105 del 29 de septiembre de 2016 del Banco de la República en el que anunciaba que:

> 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley 31 de 1992, la unidad monetaria y unidad de cuenta de Colombia es el peso emitido por el Banco de la República. Por su parte, el artículo 8.º de la citada ley señala que la moneda legal, que está constituida por billetes y moneda metálica, debe expresar su valor en pesos, de acuerdo con las denominaciones que establezca la Junta Directiva del Banco de la República, y constituye el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado.
> Ninguna moneda virtual —MV— incluyendo el bitcóin ha sido reconocida como moneda por el legislador ni por la autoridad monetaria. En la medida en que no constituye un activo equivalente a la moneda de curso legal, carece de poder liberatorio ilimitado para la extinción de obligaciones.
> 2. Las MV no han sido reconocidas por el régimen cambiario colombiano como una divisa dado que no cuentan con el respaldo o la participación de los bancos

centrales. Adicionalmente, estos instrumentos no se caracterizan por su alta liquidez en el mercado, lo que significa que no son fácilmente intercambiables sin restricciones en la forma o montos negociados, circunstancias que no las hacen congruentes con las condiciones señaladas para su consideración como divisa de libre uso por el Fondo Monetario Internacional y el Banco de Pagos Internacionales.

A este efecto, según el artículo 30 del Agreement of the International Monetary Fund, del cual Colombia hace parte (1), las monedas de libre uso son aquellas que cumplen con las siguientes condiciones: (i) son usadas extensamente para pagos de transacciones internacionales y (ii) son ampliamente transadas en los principales mercados de divisas. Por su parte, en el Manual de balanza de pagos se encuentra la definición de moneda como aquella emitida por la autoridad monetaria.

El Manual de balanza de pagos FMI señala lo siguiente:

b) Moneda nacional frente a moneda extranjera

3.95. En una economía se establece una distinción entre la moneda nacional y la moneda extranjera. Moneda nacional es la moneda de curso legal en la economía, emitida por la autoridad monetaria de dicha economía; es decir, la moneda de la economía individual o, en el caso de una unión monetaria, la moneda común de la zona a la que pertenece la economía. Todas las otras monedas son monedas extranjeras

Otras entidades internacionales como el Banco de Pagos Internacionales (Bank for International Settlements, BIS) del cual el Banco de la República hace parte (L. 1484/2011), realizan estudios con el objetivo de identificar las monedas con mayor liquidez y participación en el mercado, dentro de las cuales no se encuentran las MV.

Teniendo en cuenta lo anterior, no está autorizado el uso de MV como medio de cumplimiento de las operaciones de cambio de que trata la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2016, p. 1).

En consecuencia, la Superfinanciera advierte por segunda vez a las entidades vigiladas que "no se encuentran autorizadas para custodiar, invertir, intermediar ni operar con estos instrumentos, así como tampoco permitir el uso de sus plataformas para que se realicen operaciones con MV" (Superintendencia Financiera de Colombia, 2016, p. 2).

Termina señalando al público en general, que corresponde a una tarea individual de cada ciudadano el conocer y asumir los riesgos inherentes a las operaciones que realicen con este tipo de *monedas virtuales*, dado que las mismas no se encuentran amparadas por ningún tipo de garantía privada o estatal, ni

sus operaciones son susceptibles de cobertura por parte del seguro de depósito (Superintendencia Financiera de Colombia, 2016).

La última Carta Circular 52 de 2017, de la Superfinanciera, insistió en lo dispuesto en las anteriores comunicaciones y agregó que por eso ese motivo, las entidades financieras no están obligadas a recibir como medio de cumplimiento criptoactivos como el bitcóin, para atender sus compromisos financieros, puesto que las mismas no tienen poder liberatorio ni han sido reconocidas como moneda ni hacen parte del mercado de valores de Colombia, así como resaltó los riesgos de lavado de activos y financiación de terrorismo al que se expone el sector vigilado cuando realiza operaciones comerciales que sobre dichos bienes. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2017, p. 2).

Por lo mencionado en precedencia, resulta conveniente analizar los efectos jurídicos que generan estos pronunciamientos en torno a las personas jurídicas vigiladas y controladas por la Superintendencia Financiera de cara al Decreto 663 de 1993, conocido como Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Ley 599 de 2000 (Código Penal colombiano).

3. Responsabilidad de las personas jurídicas vigiladas y controladas por la Superintendencia Financiera vinculadas al bitcóin

De acuerdo con lo estudiado, conviene anotar que la Superfinanciera no ha emitido resoluciones como tampoco circulares externas, que tienen el efecto de generar normas de carácter general y vinculante para las personas vigiladas por esta entidad, tal y como se observó en los capítulos anteriores. Así, en lo referente a las actividades económicas realizadas con bitcóin, se afirma que no existe reglamentación que les autorice o prohíba su desarrollo. Con todo, sí se observa la emisión de cartas circulares, que tienen el carácter de comunicaciones, y por tanto, no tienen fuerza vinculante, situación que nos lleva a reflexionar sobre cuáles serían los efectos de su desconocimiento por las personas jurídicas que se encuentran bajo la inspección, control y vigilancia de la Superfinanciera.

En este sentido, se procedió a elevar consulta a la Superfinanciera sobre este particular y a través del concepto 2019122518-001-000, esta entidad estableció que:

> Tenemos entonces que en este contexto, las cartas circulares 29 de 2014, 78 de 2016 y 52 de 2017 corresponden a comunicaciones de carácter informativo en donde se advierte a las entidades vigiladas acerca de los riesgos potenciales asociados a las operaciones realizadas con 'Monedas electrónicas-Criptomonedas o

> Monedas virtuales' y se hace énfasis en que este tipo de instrumentos no están regulados, ni respaldados por ninguna autoridad monetaria o activos físicos y cuya aceptación es muy limitada.
> En síntesis, a través de estas cartas circulares esta Superintendencia ha hecho un llamado a sus entidades vigiladas en orden a prevenirlas respecto de determinados riesgos a que se pueden exponer en desarrollo de sus operaciones, los cuales, en todo caso, deben ser medidos, evaluados y valorados por estas, atendiendo su responsabilidad profesional calificada y las normas especiales que las rigen. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2019, p. 2) (Subrayado fuera del texto original).

Gracias a esta respuesta, se confirman las afirmaciones antes realizadas y se clarifica que el no atender a estas advertencias que realiza la Superfinanciera respecto de los sujetos vigilados, genera para las mismas la asunción de una actividad que puede, eventualmente, superar el riesgo, abriendo la posibilidad de incurrir en sanciones del orden administrativo y penal, si se llegase a ocasionar la materialización de un riesgo como puede ser el lavado de activos cuando se realicen operaciones con bitcóin.

Recordemos que el riesgo permitido es definido por Reyes Alvarado (2005) como "aquel riesgo que permanece aún con el cumplimiento de las normas de cuidado que deben acompañar la ejecución de toda actividad peligrosa socialmente admitida" (p. 97). En este sentido, las actividades financieras representan una actividad peligrosa porque a través de ellas se puede facilitar la materialización de conductas típicas, cuando se cometen errores o se desconocen las normas de cuidado.

No obstante, si bien las cartas circulares no se entienden como normas o instrucciones, estas disposiciones deben ser conocidas y socializadas en las entidades de carácter público y privado sujetas a este ente de control de la Superfinanciera, como un mecanismo de capacitación frente a sus empleados tendiente a la prevención de delitos y de futuras sanciones de otra índole.

Resulta necesario en casos como estos en los cuales el Estado no ha adoptado decisiones definitivas sobre estas nuevas materias, que aumentan los riesgos que asumen las personas vigiladas, que las mismas adopten de manera voluntaria los denominados programas de cumplimiento, conocidos popularmente en inglés con el término de *compliance*. Máxime cuando se asume que no se conoce de forma clara, el comportamiento que se espera del gerente, los miembros de junta directiva y los empleados que integran las personas vigiladas. De esta forma, debemos entender, por programa de cumplimiento: "Un

conjunto de medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen" (Kuhlen, 2013, p. 51).

Así, es necesario tener en cuenta que, si bien la adopción de los mismos puede tener muchas ventajas para las personas vigiladas, no se debe entender que se trata de una vacuna anticipada contra las sanciones de cualquier índole, tal y como afirman algunos autores (Quintero Olivares, 2015, p. 88).

Dentro de las ventajas que obtienen las personas jurídicas que adoptan *compliance*, se encuentran las de evitar consecuencias jurídicas como el inicio de procesos judiciales en su contra, que pueden a la vez conllevar consecuencias extrajurídicas, que afectan de manera grave la existencia de las empresas, como, por ejemplo, aquellas de índole mercantil, ético y reputacional (Ramírez Barbosa y Ferré Olivé, 2019, p. 76). Sin embargo, es necesario tener en cuenta que, si bien la adopción de un programa de cumplimiento se presenta como una de las vías para controlar los riesgos, resulta necesario, que el mismo sea efectivo, y que en consecuencia no se trate de un *papers compliance*, más conocido en español como programa de cumplimiento de papel.

Lo anterior, en razón de que debe tenerse en cuenta que no bastará con que la persona jurídica adopte un *compliance*[2] para toda la empresa, sino que debe ser el resultado de un mapa de riesgos, que de manera previa haya identificado la realidad organizativa, las actividades económicas que realiza la empresa y desde allí se propongan estrategias de autorregulación, que impidan que trasciendan del ámbito de la empresarial.

En suma, resulta necesario tener en cuenta que estos programas revisten una especial importancia en aquellos Estados en los cuales existe responsabilidad penal de la persona jurídica, puesto que, si bien puede no en todos los casos eximirlos de una sanción penal, sí será una circunstancia por tener en cuenta por el juez para atenuar la pena. Esta circunstancia se observó en su momento, cuando se presentó ante el Congreso de la República de Colombia el proyecto de ley 117 de 2018 que pretendía adoptar medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público, entre otros aspectos.

[2] Por ejemplo, algunos expertos como Ramírez Barbosa y Ferré Olivé estiman que en ocasiones ni siquiera bastará con adoptar un solo *compliance*, sino que las empresas deben tener más de uno, pues será muy baja la efectividad de un programa que pretenda controlar todos los riesgos que genera o los que se exponen las personas jurídicas.

Allí se señaló en el artículo 100D, las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, así:

> c. La adopción por parte de la persona jurídica, antes de la comisión de la conducta punible y sin estar obligada a ello, de un programa de ética empresarial que cumpla los requisitos técnicos y de eficacia establecidos por las autoridades de inspección, vigilancia y control. (Proyecto de ley 117 de 2018, p. 17).

Sin embargo, este proyecto de ley no se convirtió en ley debido a que el mismo recibió ponencia negativa por considerar que no era conveniente ampliar las facultades del Ministerio Público (Proyecto de ley 117, 2018) y luego se procedió a su archivo por tránsito de legislatura. Con todo, no debe perderse de vista que aunque en la actualidad no exista tal responsabilidad, esta situación no es impedimento para que en el evento de que se demuestre que una de las personas jurídicas vigiladas sirviéndose de esta falta de regulación, omita de manera dolosa el cumplimiento de normas antilavado de activos o de cualquier otra índole, incurra en sanciones penales por este concepto, porque el estatuto penal contempla un delito especial denominado omisión de control, que reza lo siguiente:

> Artículo 325. Omisión de Control. El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15 000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley 599, 2000, p. 106).

Pese a la existencia de esta norma, su redacción ha sido muy criticada por considerar que presenta varios inconvenientes, dentro de los que se señalan la inclusión del ingrediente subjetivo y la exigencia de que para poder punir este comportamiento es necesario, tal y como advierte la norma, que las transacciones se realicen en efectivo[3] hechoque abre la posibilidad a escenarios de impunidad.

[3] Para profundizar sobre estos aspectos se recomienda revisar la siguiente obra: Hernández Quintero, H. A. (2014). *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: especial referencia al delito de omisión de control*. Bogotá. Editorial: Universidad Externado de Colombia.

Esta situación ha llevado a algunos juristas, como el doctor Hernández Quintero, a proponer la supresión de este tipo penal, por considerar que el mismo fue creado sin mayor análisis, con el único objetivo de atender las recomendaciones internacionales suscritas por el Estado colombiano, que terminó por privilegiar injustificadamente a los funcionarios del sector financiero. Esto, en razón de que la pena por imponer es inferior a la que contempla el delito de lavado de activos consagrado en el artículo 323 del Código Penal y hasta el 2014[4] no se conocían sentencias sobre el particular (Hernández Quintero, 2014, pp. 111-112), seguramente, debido a los inconvenientes antes señalados.

De esta forma, en su momento propusimos la creación del lavado de activos imprudente con un sujeto activo calificado, dirigido a un miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, o demás sectores obligados a realizar Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS), que a la vez permitiera sancionar cualquiera de los comportamientos que se traducen en la materialización de los verbos rectores descritos en el artículo 323 de la Ley 599 de 2000 (actual Código Penal), pero ostentando cualquiera de las calidades antes mencionadas y obrando con inobservancia a su posición de garante (Vargas Nieto, 2019).

Por lo anterior, no debe pensarse que los empleados de las personas jurídicas vigiladas no se arriesgan a recibir sanciones penales, siempre y cuando se demuestre que actuaron de manera dolosa, es decir con conocimiento y voluntad, dado que esta situación permitiría aplicar la teoría de la imputación objetiva, y de esta forma dar inicio a una investigación por el comportamiento de lavado de activos descrito en el artículo 323 del Código Penal, tal y como se explicará a continuación.

Lo primero que se debe tener en cuenta es que con esta teoría se pretende la adjudicación de responsabilidad penal a aquellos casos en los cuales las personas generen un riesgo jurídicamente desaprobado que se concrete en la producción de un resultado típico sustentado en la figura de posición de garante, que se puede adquirir entre otros aspectos, por la creación o superación de un riesgo.

De esta manera, dentro del juicio de imputación, se establece que los funcionarios del sector financiero detentan una posición de garante, derivada de los deberes positivos y negativos inherentes al ejercicio de su profesión, que

[4] Este año corresponde con el periodo en el que terminó la investigación por el jurista comentado.

les obliga a emprender todas las acciones tendientes a la protección del bien jurídico que se encuentra dentro de su tutela. A saber, orden económico social, puesto que, de no proceder de este modo, se defraudará las expectativas normativas que se tienen sobre esta actividad considerada como peligrosa.

Estos deberes fueron esclarecidos por Henández Quintero (2014) quien en su obra señala que el sector financiero tiene a su cargo deberes de aseguramiento tales como de tráfico, de injerencia y de salvamento por asunción[5]. El primero, genera a las personas jurídicas el deber de evitar situaciones que puedan generar daños al objeto de tutela; el segundo, se refiere a la adopción de medidas extras tendientes a evitar esos riesgos adicionales que pueden derivarse de una actividad autorizada y, el tercero, busca que el ámbito de la responsabilidad que inicialmente está en cabeza del Estado (evitar el lavado de activos y proteger la moral social) se traslade al funcionario del sector financiero.

Así, por ejemplo, si las entidades financieras realizan operaciones con bitcóin, estarían incumpliendo con todos estos deberes, puesto que como se observó en la Carta Circular 52 de 2017, la Superfinanciera ha advertido que operar con criptoactivos puede conducir a que el sector financiero sea utilizado como instrumento para cometer el punible de lavado de activos.

En consecuencia, si las personas jurídicas trabajan con bitcóin estarían poniendo en riesgo el bien jurídico bajo su tutela, a la vez faltarían al deber de injerencia por no atender a las recomendaciones de abstención, salvo que diseñen algún programa que les permita tener un mayor control en torno a estas actividades y, por último, en virtud de su rol, se les podría imputar la concreción de este delito, porque como se advirtió en un inicio, esta teoría permite afirmar como lo hace con suma claridad Henández Quintero (2014):

> Cuando la persona obligada jurídicamente abandona su responsabilidad y en consecuencia se produce un resultado lesivo que estaba en posibilidad de evitar, se considera que está abandonando su posición de garante y por ello debe responder penalmente, en los términos de quien dolosa o culposamente realiza la conducta punible. (p. 132).

De esta forma, se demuestra la afirmación antes realizada en torno a la posibilidad de adjudicar responsabilidad penal a los diferentes funcionarios que

[5] Se recomienda revisar el capítulo cuarto: Posición de garante en consideración den el delito de lavado de activos publicado en el año 2014 en el libro *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: especial referencia al delito de omisión de control* del doctor Hernando A. Hernández Quintero. Editorial: Universidad Externado de Colombia.

integran los sectores vigilados, cuando se estudia su profesión y los riesgos que asumen a través de la teoría de la imputación objetiva.

4. Conclusiones

Las superintendencias fueron creadas para facilitar el cumplimiento de algunos de los deberes asignados al presidente de la república, como la inspección, control y vigilancia de los sectores financiero, bursátil y asegurador, así como aquellos en los cuales se dá el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público y de manera específica, frente a las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles, en virtud del mandato constitucional.

Por este motivo, para lograr el cumplimiento de esta función, se crea como primera medida una inspección de circulación, que sería reemplazada por la Superintendencia Bancaria. Situación similar ocurrió con la Comisión Nacional de Valores, que más tarde alcanzó la categoría de Superintendencia de Valores, y es hasta el Decreto 4327 de 2005 que se produce la fusión de las superintendencias ya mencionadas, que permite la creación de la Superintendencia Financiera.

Se señala que otro de los motivos que inspira la creación de estas instituciones son el resultado del compromiso de los Estados para controlar los riesgos inherentes a estas actividades, que están todo el tiempo actualizándose o generando nuevos riesgos como ocurre en las operaciones realizadas con bitcóin. Así, desde el orden internacional, se buscó la suscripción de tratados y recomendaciones por los diferentes Estados del mundo y desde el orden nacional, la generación de leyes, decretos y actos administrativos para hacerle frente a las amenazas globales como el riesgo de lavado de activos a través de bitcóin.

De esta forma, se estudiaron los principales tratados y recomendaciones internacionales suscritas por Colombia en materia de lavado de activos, que dieron más tarde origen a la normativa interna. Esta fase permitió descubrir que no existen actos administrativos que autoricen o respalden las actividades realizadas con este novedoso activo, y que el Estado colombiano se ha pronunciado sobre el tema a través de comunicados de prensa y cartas circulares confirmando estas situaciones y advirtiendo los riesgos que implica el desarrollo de esta actividad.

Se recuerda que la razón por la cual se afirma que no existe regulación en Colombia sobre el tema, obedece a que los instrumentos antes mencionados

que se han pronunciado sobre esta materia, no tienen efecto vinculante y se tratan de meras comunicaciones dirigidas a los sectores vigilados y al público en general. Por esta razón, se recomienda la adopción de programas de cumplimiento para evitar la materialización de los riesgos y que el evento que se produzca un delito, sea un aspecto por tener en cuenta por el juez penal al momento de determinar la sanción por aplicar, puesto que la adopción voluntaria de estos programas da cuenta del compromiso de las personas jurídicas por desarrollarse en una cultura de legalidad.

Esta recomendación es imperiosa sobre todo en sistemas jurídicos como el nuestro, en el que no se señala con claridad el comportamiento que el Estado espera que desarrollen las personas jurídicas sobre este particular, pues las invita a evaluar la decisión desde el marco de la presente actividad y los deberes que le asisten, aumentado el riesgo de que se concreten sanciones penales y administrativas.

Máxime cuando en la actualidad, una de las posturas dominantes para la adjudicación de responsabilidad penal de los representantes legales, gerentes, miembros de la junta directiva y empleados en general de las personas jurídicas, corresponde con la imputación objetiva que permite que, en virtud de la posición de garante, siempre que se genere el riesgo jurídicamente desaprobado y se concrete en la producción de un resultado típico, para el caso de estudio, el lavado de activos. Esta calidad se deriva de las personas jurídicas y naturales que detentan una responsabilidad especial en virtud de su actividad profesional y la guarda de ciertos bienes jurídicos como la moral social y el orden económico social, que les ha delegado el Estado. Si se demuestra que obran a título de dolo, podrán ser declaradas penalmente responsables.

Es importante señalar que no basta con que se detente una posición de garante, sino que se demuestre el conocimiento y voluntad, pues no se debe confundir la imputación objetiva con la responsabilidad objetiva, en la que solo bastaría la infracción del deber para ser declarado responsable. Por último, no se debe olvidar que las únicas personas que en la actualidad podrían recibir sanciones de tipo penal, son las personas naturales que integran las personas jurídicas de los sectores señalados, puesto que en Colombia no existe responsabilidad penal de la persona jurídica, tal y como se ha estudiado desde los diferentes capítulos que componen esta obra.

Referencias

Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia. (s.f.). *Asobancaria*. Recuperado de https://www.asobancaria.com/quienes-somos/

Banco de la República de Colombia. (2017). *Concepto JDS-27301 sobre criptomonedas.* Recuperado de http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/concepto-jdbr/jds-27301

Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós.

Caballero Argáez, C. (2016). *La economía Colombiana del siglo xx. Un recorrido por la historia y sus protagonistas.* Bogotá: Debate.

Colombia. Ley 45 de 1923. Sobre establecimientos bancarios.

Colombia. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal.

Colombia. Proyecto de ley 117 de 2018. Por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones.

Comité de Ministros del Concejo de Europa. (1980). *Recomendación 80.* Recuperado de https://cutt.ly/vfgHFs0

Cómo Colombia llegó a ser el país latino en el que más crece el mercado de bitcóin. (13 de junio de 2018). *Dinero*, p. 1.

Constitución política de Colombia. (1991). Colombia: Avance jurídico casa editorial.

Decreto 663 de 1993. (05 de abril de 1993). *Diario Oficial,* (40820). Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1142040

Decreto 2739 de 1999. (29 de septiembre de 2003). *Diario Oficial,* (45325). Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1486185

Decreto 4327 de 2005. (26 de noviembre de 2005). *Diario Oficial*, (*46104).* Recuperado de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=18320

Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) (2012). 40 recomendaciones Para la 4.ª Ronda de Evaluaciones Mutuas. Recuperado de: https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones

Grupo de los once. (1988). *Declaración de los principios de Basilea.* Basilea.

Hernández Quintero, H. A. (2014). *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: especial referencia al delito de omisión de control.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hernández Quintero, H. A. (2018). *Los delitos económicos en la actividad financiera.* Bogotá: Ibáñez.

Hernández Quintero, H. A. (2019). La utilización indebida de información privilegiada en el mercado de valores en Colombia. En *Aspectos actuales del derecho penal económico en Colombia* (pp. 41-64). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.

Kuhlen, L. (2013). *Compliance y teoría del derecho penal.* Madrid: Marcial Pons.

López Garavito, L. F. (2003). *Una visión del desarrollo institucional de la Superintendencia Bancaria de Colombia 1923-2003.* Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile23542&downloadname=LuisFdoLopezGaravito.pdf

Quintero Olivares, G. (2015). La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En G. Quintero Olivares (Director), *Comentario a la reforma penal del 2015* (pp. 77-91). Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.

Ramírez Barbosa, P. A., y Ferré Olivé, J. C. (2019). Compliance y ética en la empresa. En *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial* (p. 76). Bogotá D.C: Tirant lo blanch.

Reyes Alvarado, Y. (2005). *Imputación objetiva* (tercera ed.). Bogotá D.C: Temis.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2008). *Historia de la superintendencia Financiera en Colombia.* Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile23520&downloadname=historia.doc

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). *Carta Circular 29 del 26 de marzo de 2014 "Riesgos de las operaciones realizadas con "Monedas Virtuales"*. Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/10082781

Superintendencia Financiera de Colombia. (2016). *Carta Circular 78 de 2016 Referencia: Operaciones realizadas con "Monedas Virtuales"*. Recuperado de http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/cartacirc-78-16(superfinanciera).pdf

Superintendencia Financiera de Colombia. (2017). *Carta Circular 52 de 2017*. Recuperado de http://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/conc/ccirc_sf_52_17.pdf

Superfinanciera Financiera de Colombia. (2019). *Acerca de la SFC*. Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/acerca-de-la-sfc-60607

Superintendencia Financiera de Colombia. (2019). *Circulares Externas, Cartas Circulares y Resoluciones desde el año 2005: Superintendencia Financiera de Colombia*. Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/circulares-externas-cartas-circulares-y-resoluciones-desde-el-ano--20149

Superintendencia Financiera de Colombia. (2019). *Concepto 2019122518001000.* Bogotá D.C: Superintendencia Financiera de Colombia.

Vargas Nieto, T. (2019). Conveniencia de la tipificación del lavado de activos imprudente. En G. L. Ruiz Sánchez, H. A. Hernández Quintero, C. F. Forero Hernández,

A. Murillo Granados, M. Caicedo Lozada, J. M. Barrero Arbeláez, y otros, *Aspectos Actuales del derecho penal económico en Colombia* (p. 196). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.

Bibliografía recomendada

Colombia. Ley 51 de 1918. Sobre establecimientos o sociedades de crédito.

Colombia. Ley 25 de 1923. Orgánica del Banco de la República.

Colombia. Ley 32 de 1979. Por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Ley 31 de 1992. Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones.

Algunos aspectos de las sanciones penales a las personas jurídicas

Roby Andrés Melo Arias*

1. Necesidad de las sanciones penales a las personas jurídicas

Hoy en día, toda actividad que sea desplegada dentro de la sociedad, debe ajustarse a la normatividad que la regula. La globalización de la economía impone que las personas jurídicas sean protagonistas en cualquier clase de manifestación empresarial. Lo anterior conlleva que, en el desarrollo de esa nueva forma de producción de riqueza y de propiedad privada, aparezcan nuevas formas de criminalidad.

En el desarrollo de esas actividades, es claro que deben respetarse las normas constitucionales que son fundamento para lograr ese objetivo. En el artículo 58, inciso 2, se menciona que la propiedad es una función social que implica obligaciones, y que, como tal, le es inherente una función ecológica. El artículo 333, por su parte, dispone que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Se establece también, con absoluta claridad, que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, y que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.

Cuando se incumplen esos preceptos generales y se acomodan los comportamientos a las normas penales, poniendo en peligro efectivo o lesionando bienes jurídicos tutelados por el legislador, desde el punto de vista penal, es innegable que deba castigarse no solo a las personas naturales a través de las

* Abogado, especialista en Ciencias penales y criminológicas, Derecho probatorio y DDHH. Magíster en Derecho Penal. Profesor de Derecho Penal en la Universidad del Tolima. Juez penal del circuito.

cuales podrían desplegarse esos comportamientos, sino también, a la persona jurídica que se beneficia del delito.

Así lo viene sosteniendo desde varios lustros atrás la jurisprudencia constitucional cuando se afirma:

> Toda persona jurídica tiene derecho a que su conducta se investigue o se juzgue en los estrados o se verifique administrativamente por las entidades con miras a establecer cualquier clase de responsabilidad. (Sentencia C-510 de 1997, s.p.).

Debe agregarse que la Corte Constitucional en Sentencia C-320 de 1998, también sostuvo que la responsabilidad penal de las personas jurídicas fuera perfectamente compatible con la Carta. A nivel foráneo se ha concluido que las sanciones de carácter administrativo son insuficientes para la prevención de la criminalidad empresarial, y que el asunto debe ser asumido por el derecho penal.

Así lo entendieron los Países Bajos desde 1976, Portugal en 1983, Noruega en 1992, Francia en 1994 y España en 2010. El problema jurídico que han planteado algunos autores como Missas Gómez (2016), en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas y sus consecuentes sanciones, se ha reducido a cuestionarse lo siguiente: ¿se puede enfrentar el riesgo con una legislación diferente a la penal?

Es evidente que el derecho administrativo sancionador también protege bienes jurídicos, pero no ha sido suficiente para impedir el delito por parte de las empresas o personas jurídicas, entre otras razones, porque: (i) no hay una efectiva prevención general, así como tampoco prevención especial para que la persona jurídica no reincida en conductas típicas; (ii) las sanciones administrativas son irrisorias; (iii) las sanciones pecuniarias excesivas acaban con las personas jurídicas y traen consecuencias no deseadas como desempleo y no ejecución de obras que afectan el interés común; (iv) se vulnera el principio de la justicia restaurativa por no garantizar la reparación integral de las víctimas (De Martino Carreño y Guerrero Sabogal, 2018).

Se necesita la pena porque no se ha tenido un efecto de prevención en las sanciones administrativas, debido a que las empresas prefieren delinquir y ser sancionadas asumiendo tal consecuencia, por cuanto les resulta más provechoso hacerlo en términos de costo–beneficio. Además, cuando se castiga a una persona natural que actúa dentro del marco de una organización, la misma es reemplazada fácilmente por otra.

Así lo mencionó también la Corte Constitucional en la Sentencia C-320 (1998):

> ...Si la actividad la realiza la persona jurídica, si ella se beneficia materialmente de la acción censurada, no se ve por qué la persecución penal habrá de limitarse a sus gestores, dejando intocado al ente que se encuentra en el origen del reato y que no pocas veces se nutre financieramente del mismo. Se sabe que normalmente la persona jurídica trasciende a sus miembros, socios o administradores; estos suelen sucederse unos a otros, mientras la corporación como tal permanece. La sanción penal limitada a los gestores, tan solo representa una parcial reacción punitiva, si el beneficiario real del ilícito cuando coincide con la persona jurídica se rodea de una suerte de inmunidad. La mera indemnización de perjuicios, como compensación patrimonial, o la sanción de orden administrativo, no expresan de manera suficiente la estigmatización de las conductas antisociales que se tipifican como delitos...
> (...).
> En el campo de ciertos delitos la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad. Es el caso de los delitos vinculados con el lavado del dinero proveniente del enriquecimiento ilícito, de los delitos financieros que afectan a los pequeños ahorradores, de los delitos de peligro común o que puedan causar grave perjuicio para la comunidad, de los delitos que amenacen el ambiente o causen daños en él, de los delitos cometidos contra los consumidores, etc. En una economía dominada por los grandes capitales, las acciones sociales gravemente desviadas no pueden siempre analizarse a partir del agente individual... (s.p.).

Se impone entonces la necesidad de la implementación de la responsabilidad penal y, por consiguiente, de las sanciones penales a las personas jurídicas, por cuanto el principio *societas delinquere nos potest* en una sociedad moderna ya no tiene cabida, y debe mutarse por el principio *societas denquere delinquere potest*.

2. Antecedentes y situación jurídica actual

Los antecedentes legislativos de nuestro país en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las sanciones que proceden, en caso de llegarse a tal declaratoria, se establecieron en el proyecto de ley 235 de 1996 del Senado de la República y 154 de 1996 de la Cámara de Representantes, por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones, el cual conoció la Corte Constitucional (Sentencia C-320 de 1998)

por las objeciones que presentara el presidente de la república al contenido de la ley cuando fue puesta a su consideración para la respectiva sanción.

En aquella normativa (art. 26), se pretendía adicionar un artículo (art. 247B) al Código Penal vigente en esa época (Decreto 100 de 1980), en el cual, cuando se tratara de la comisión de ciertos delitos imputables a la actividad de una persona jurídica o sociedad de hecho, el juez podía imponer multas, cancelación del registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad, o el cierre del establecimiento temporal o definitivamente.

Finalmente, esas sanciones fueron establecidas en la Ley 491 de 1999, y la Corte Constitucional las declaró inexequibles en la Sentencia C-843 de 1999, por cuanto no se señalaba cuándo el juez debía aplicar una u otra sanción y no se especificaban límites mínimos y máximos para las penas.

Un sector de la doctrina consideran que se presenta omisión legislativa en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país, por cuanto se alega que existe una contradicción entre las normas sustanciales y adjetivas, porque mientras en el Código Penal se ha previsto una responsabilidad a los representantes de las mismas (art. 29, inc. 3.°, Ley 599 de 2000), en los Códigos de Procedimiento Penal se han consagrado verdaderas sanciones para los entes colectivos (art. 65, Ley 600 de 2000 y 91 de la Ley 906 de 2004). (Petro González y Mosquera Rentería, 2014).

En efecto, el artículo 91 del Código Procedimiento Penal (2004), estableció:

> Artículo 91. Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.
> Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron. (s.p.).

De la norma transcrita podemos inferir lo siguiente: se trata de una norma similar a la contenida en el artículo 65 de la Ley 600 de 2000. Se establece, como medida cautelar, que una vez existan motivos fundados que permitan inferir que la persona jurídica se he dedicado al desarrollo de actividades delictivas, el juez de control de garantías pueda ordenar: (a) la suspensión de la personería

jurídica, (b) el cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público. Las anteriores decisiones asemejadas al derecho procesal ordinario para las personas naturales, adquirirían el nombre de medidas de aseguramiento.

Sin embargo, las mismas pueden adquirir el carácter de definitivo en la sentencia, convirtiéndose en verdaderas sanciones (penas), cuando se tenga el estándar probatorio de conocimiento, más allá de toda duda. El anterior precepto se trata de una norma de carácter general, para la comisión de cualquier clase de comportamientos delictivos desplegados por una persona jurídica que haya desarrollado actividades delictivas.

Ahora, la Ley 1474 de 2011, denominada como el Estatuto Anticorrupción, en su artículo 34, que fuera modificado por el artículo 35 de la Ley 1778 de 2016, dispuso que las mismas medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 podían aplicarse a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la administración pública. También, a cualquier otra conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por el representante legal o sus administradores, directa o indirectamente. Fíjese que el precepto solo hace mención a los delitos contra la administración pública y aquellos relacionados con el patrimonio público. Las anteriores, serían entonces sanciones de carácter judicial.

Ahora, más adelante, en el mismo precepto en comento, se hizo especial énfasis en la descripción de una sanción de multa hasta de 200 000 salarios mínimos legales mensuales vigentes que puede imponer la Superintendencia de Sociedades, cuando exista sentencia debidamente ejecutoriada por el delito de cohecho por dar u ofrecer, contra el representante legal o los administradores de una sociedad domiciliada en Colombia o de una sucursal de sociedad extranjera, cuando se haya beneficiado de ese delito. También se incluyó como sanción administrativa, la publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica con un extracto de la decisión sancionatoria, así como también la prohibición de recibir cualquier clase de incentivo o subsidio del gobierno.

En adición, se prevé que las personas jurídicas que se encuentren involucradas en delitos contra la administración pública o en los cuales se afecte el patrimonio público, pueden ser vinculadas como terceros civilmente responsables. De lo anterior, se puede resumir que existen dos clases de consecuencias jurídicas que pueden recaer en la persona jurídica: unas penales de carácter judicial y otras sancionatorias administrativas. Además, existe una consecuencia de carácter procesal.

Consecuencias jurídicas penales de carácter judicial: cancelación de la personería jurídica (art. 91, Ley 906 de 2004); cierre definitivo de locales o establecimientos abiertos al público (art. 91, Ley 906 de 2004).

Consecuencias jurídicas sancionatorias de carácter administrativo, derivadas de un proceso penal: multa de hasta 200 000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (art. 34 inc. 3.°, Ley 1474 de 2011); publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión sancionatoria por un término de hasta un año (art. 34 inc. 4.°, Ley 1474 de 2011); prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del gobierno, en un plazo de 5 años (art. 34 inc. 4.°, Ley 1474 de 2011).

Estas sanciones administrativas solo se aplicarán por la Superintendencia de Sociedades cuando exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada por el delito de cohecho por dar u ofrecer, contra el representante legal o los administradores de la sociedad domiciliada en Colombia o de una sucursal de sociedad extranjera.

Es necesario aclarar que existen otra clase de sanciones de carácter administrativo, pero no son derivadas de una actuación penal, como las señaladas en el parágrafo 2.° del artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, y que corresponden a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en los casos de soborno transnacional, cuyo régimen sancionatorio reposa en el artículo 5.° de la Ley 1778 de 2016.

Algunos autores como Balmaceda Hoyos, Guerra Espinosa y Abushihab (2014) incluyen también como consecuencias jurídico penales, bajo el esquema colombiano y formas de atribución a las personas jurídicas, el hecho de actuar por otro; figura que se encuentra regulada en el inciso 3.° del artículo 29 del Código Penal. Sin embargo, es claro que en esa forma de responsabilidad penal a quien finalmente se le impone la sanción es a una persona natural.

Consecuencia de carácter procesal penal:

La posibilidad de ser vinculada la persona jurídica, que haya participado en delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio público, como tercero civilmente responsable en el proceso penal (art. 34 inc. 2.°, Ley 1474 de 2011). No se trata, propiamente, de una sanción, sino de una consecuencia procesal de carácter penal, porque es posible que en el diligenciamiento que se adelante no sea condenada la persona jurídica a pagar ninguna clase de perjuicios.

La gran crítica que ha surgido frente a las sanciones judiciales de (i) cancelación de la personería jurídica y (ii) cierre definitivo de locales o establecimientos abiertos al público (art. 91, Ley 906 de 2004), es que el proceso penal se adelanta contra el representante legal, administradores, directivos, socios o accionistas. Paralelo a las sanciones que estos reciban como personas naturales, se le impone una verdadera pena a la persona jurídica sin que sea vinculada al proceso para que se defienda como ente autónomo, siendo sujeto también de derechos, como el debido proceso, defensa y contradicción.

3. El proyecto de ley

En el Congreso de la República de Colombia se tramitó el bastante criticado proyecto de ley 117 de 2018, Gaceta del Congreso, año XXVII, n.° 631, agosto de 2018, por el cual se pretendía, entre otros asuntos, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas (De la Vega Martinis, 2019).

A pesar de que el proyecto se encuentra archivado, se analizará esa propuesta legislativa por cuanto sus normas tienden a ser reproducidas en futuros intentos del legislador, para la implementación del tema al que se hace referencia.

En el proyecto se establecían las sanciones por imponer a las personas jurídicas que se declararan penalmente responsables de un delito contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico social, la financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delincuencia organizada y aquellos que afecten el patrimonio público (art. 100A); clasificándolas en principales (art. 100G) y accesorias (art. 100N).

Las sanciones principales allí contenidas eran:

La multa: consistente en pagar una suma de dinero a favor del tesoro público, que se determinaría conforme el artículo 39 del Código Penal.

La remoción inmediata de administradores, directores y representantes legales: consistía en la prohibición de mantener cualquier clase de vínculo de estas personas naturales con la persona jurídica.

La prohibición de ejercer determinada actividad económica o de celebrar determinada clase de actos o negocios jurídicos: era una prohibición temporal y la duración sería la misma de la pena de prisión prevista por el delito por el cual fuera condenada la persona jurídica.

Prohibición de celebrar actos y contratos con las entidades del Estado o donde este tenga participación: esta sanción solo procedía cuando la persona

jurídica era condenada por delitos relacionados con la contratación estatal; era temporal y su duración sería la misma para la pena de prisión prevista por el delito por el cual se procedía.

Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de estos por un período determinado: consistía en la pérdida de beneficios como exenciones tributarias, subvenciones y subsidios. La sanción era de carácter temporal y su duración sería la misma para la pena de prisión prevista por el delito por el cual fuera condenada la persona jurídica.

Cancelación de la persona jurídica y su inscripción inmediata en el respectivo registro: era la pérdida definitiva de la personalidad jurídica. Esta pena no se podía aplicar a las empresas del Estado, ni a las personas jurídicas de derecho privado que prestaran un servicio público esencial, cuya interrupción pudiese causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad. Solo podía imponerse, según el proyecto de ley, cuando concurría una circunstancia de agravación.

Las sanciones accesorias que estaban previstas en el proyecto eran:

Publicación de la parte resolutiva de la sentencia: era la publicación de la parte resolutiva de la sentencia condenatoria en un diario de amplia circulación nacional.

Comiso: consistía en el decomiso del producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos que tengan relación con el ilícito.

Se avizoraron diferentes vacíos en ese catálogo de sanciones, que son pertinentes señalar para futuras legislaciones. En primer lugar, en relación con la multa, no se establecieron cuáles eran los límites mínimos y máximos de esa pena; si bien es cierto, se plasmó la forma como debía ser determinada, no se dijo nada al respecto, se vulneró el principio de proporcionalidad, porque al encontrarse con tal vacío, desde el punto de vista abstracto, y por remisión normativa al artículo 39 del Código Penal, se diría que la sanción máxima era de 50 000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para todas las conductas, independiente de su gravedad y del bien jurídico lesionado o puesto en peligro efectivo.

Tampoco se estableció cuándo el funcionario judicial debía aplicar una u otra sanción, esto claramente contrariaba el principio de legalidad de la pena, porque si bien había una multiplicidad de sanciones, en últimas era el juez quien escogía cuál o cuáles debía imponer. Lo anterior ponía en tela de juicio el principio de seguridad jurídica, por cuanto en unos mismos hechos, juzgados por funcionarios diferentes, respecto de personas jurídicas distintas, un

funcionario judicial podía aplicar una sanción más drástica que otro. Por ejemplo, frente a una declaratoria de responsabilidad penal de la persona jurídica un juez hubiese podido imponer la pena de disolución o cancelación de la persona jurídica, y otro, juzgando los mismos hechos, podía aplicar la remoción inmediata de administradores, directores o representantes legales.

Adicional a lo anterior, surgía una gran incógnita, si en el Código Penal, con la modificación pretendida en el proyecto de ley, se establecían las sanciones a las personas jurídicas que se le podían imponer luego de ser declaradas penalmente responsables, ¿qué sucedía con las sanciones que ya existían en el Código de Procedimiento Penal? ¿Coexistían?

La pregunta no es descabellada, porque en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se prevé la sanción de cierre de locales y establecimientos abiertos al público, que no aparecían en el proyecto de ley. Por su parte, la cancelación de la persona jurídica en el mismo proyecto de ley solo se podía imponer cuando se presentara una circunstancia de agravación, mientras que en la disposición contenida en el código adjetivo no exige tal requerimiento.

Ahora, llamaba la atención que en los artículos 100D y 100E del proyecto de ley, se establecieran circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, respectivamente. Como atenuantes, fueron establecidas (i) la reparación del daño o impedir unas consecuencias más graves; (ii) colaborar con el esclarecimiento de los hechos; (iii) la adopción de un programa de ética empresarial en un tiempo anterior a la comisión de la conducta.

Se considera que las anteriores circunstancias, o al menos las dos primeras, no se compadecían con una dogmática penal coherente, por cuanto no debían ser tomadas causas de atenuación de responsabilidad. Esto, en razón a que su presencia en la construcción dogmática del delito que se le estuviera atribuyendo, tienen aparición en una etapa posterior, que desborda las categorías dogmáticas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Es decir, son circunstancias posdelictivas, y en ese orden de ideas, no tenían nada que ver con la responsabilidad penal.

Así las cosas, el tratamiento jurídico que debió de dárseles era de circunstancias de atenuación punitiva. Es decir, que esas hipótesis normativas podían ser tenidas en cuenta por el fallador para imponer cualitativamente una consecuencia jurídica menos rigurosa, y desde el punto de vista cuantitativo, el establecimiento de una sanción más baja.

Ahora, en relación con circunstancias denominadas como agravantes de la responsabilidad de la persona jurídica (art. 100E), se encontraron las siguientes: (i) la existencia de antecedentes penales de la persona jurídica; (ii) la existencia de antecedentes penales del representante legal, revisor fiscal, contador, auditor, socio, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión que concurran a la realización de la conducta punible; (iii) no haber implementado un programa de ética empresarial, estando obligado a ello, o haber implementado uno defectuoso.

Frente a estas circunstancias, se debe señalar que difícilmente las dos primeras hubieran resistido un juicio de constitucionalidad, de cara al principio del derecho penal de acto. Lo anterior, en consideración con que la Carta Política (1991) en el artículo 29 claramente establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme las leyes preexistentes al **acto** que se le imputa, que desde luego le es aplicable también a las personas jurídicas, descartándose el derecho penal de autor, en el cual se puede imputar responsabilidad penal y agravar la sanción por los hechos que se hayan cometido en el pasado.

En relación con la tercera circunstancia, la misma parecía incoherente, porque si el juicio de reproche o la culpabilidad empresarial se fundamenta en un defecto de organización, no puede tenerse el hecho de atribución de la culpabilidad como agravante de la responsabilidad penal, porque se estaría contemplando una misma circunstancia para hacer la situación jurídica más grave, hecho que claramente encajaba en el principio de prohibición de doble incriminación *o non bis in ídem*. Finalmente, en el proyecto de ley no se tuvieron en cuenta el establecimiento de medidas de aseguramiento que se pueden adoptar mientras se adelanta la investigación y juzgamiento.

De nada sirve la aplicación de una sanción en la sentencia, cuando la justicia no puede obrar de manera oportuna frente a la comisión de delitos por parte de las personas jurídicas, quienes conociendo que se adelanta un diligenciamiento penal en contra, podrían realizar actuaciones que atenten contra la finalidad del proceso penal. En efecto, como se dijo en líneas anteriores, las únicas medidas cautelares que se pueden adoptar en la actualidad son: la suspensión de la personería jurídica o el cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de conformidad con el artículo 91 de la Ley 906 de 2004.

En el proyecto de ley se encontraba la figura de la suspensión condicional del procedimiento (art. 100S), conforme la cual, el juez de control de garantías

podía decretar la suspensión del procedimiento, por un término no inferior a 6 meses ni superior a 3 años, cuando se cumplían con una o varias de las siguientes condiciones: (i) pagar una determinada suma a beneficio fiscal; (ii) prestar un servicio a favor de la comunidad; (iii) informar periódicamente el estado financiero; (iv) implementar un programa para hacer efectivo un modelo de organización, administración y supervisión; (v) cualquier otra condición adecuada al caso concreto, propuesta por la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio Público.

No se fijó cuál era la finalidad de la suspensión de ese procedimiento a prueba. De hecho, la persona jurídica bajo ese panorama podía seguir operando normalmente bien sea, continuando con su actividad delictiva, realizando actos que podrían entorpecer la investigación, o defraudando a las víctimas desde el punto de vista económico.

Entonces adolecía la normatividad que se quería implementar, de unas medidas cautelares que se puedan decretar en el curso del proceso para que hagan efectivos los fines del procedimiento penal. A manera de ejemplo, como la prevista en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993, artículos 114 y 115) conocida como Toma de Posesión, y en donde se establezcan claramente unos fines para proceder a su decreto, como (i) evitar la obstrucción de la justicia; (ii) impedir la continuación delictiva y (iii) garantizar la reparación de las víctimas (Tolosa Russi, 2015).

4. Fundamento y funciones de las sanciones a las personas jurídicas

Disponía el proyecto de ley 117 de 2018, en su artículo 100R, una regla de remisión normativa, al plasmar que, en lo no regulado se aplicarían las disposiciones del Libro Primero (parte general, artículos 1 a 100) del Código Penal y las del Código Procedimiento Penal, hecho que llevaba a concluir indudablemente que le eran aplicables las disposiciones rectoras de carácter sustancial de la legalidad (art. 6, Código Penal), igualdad (art. 7), prohibición de doble incriminación (art. 8), los principios que orientan la imposición de las sanciones penales (art. 3) y, desde luego, entre otras, las funciones de la pena (art. 4).

Se ha sostenido que el fundamento de las sanciones a las personas jurídicas tiene su fuente en la culpabilidad de la propia persona jurídica.

> …Las personas jurídicas (como las individuales) deben seguir las pautas sociales y normativas impuestas, bajo las cuales tienen la obligación de disponer de una organización interna que contenga los riesgos que se derivan de su actuación.

> Con esto se ve cómo la función de motivación, o la amenaza de sanción, cumplen acá un papel importante. A través de ella se alcanzan los objetivos de prevención general y prevención especial, previniendo a las empresas para que cumplan o desarrollen programas de organización que representen una verdadera lucha contra la comisión de delitos. La culpabilidad por defecto de organización hace que se le cuestione a la empresa el haber generado una lesión a bienes jurídicos por no haberse organizado de la manera correcta. (Tolosa Russi, 2015, p. 34).

La anterior forma de ver las cosas significa que la función de la pena, como también lo establece el artículo 4.° de nuestro Código Penal, es mixta, y que tiene una relación con la culpabilidad. Para el profesor Gómez-Jara Díez (2010):

> ...la culpabilidad, tanto en el derecho penal empresarial como en el derecho penal individual, se fundamenta en una determinada concepción de la conocida prevención general positiva —en concreto: en la retribución comunicativa—. Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la función de contribuir —en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación— al restablecimiento comunicativo de la norma, derivando como prestación el reforzar la fidelidad al derecho. De esta manera, la intensa y actual discusión que existe en el derecho penal individual en torno a la relación que se establece entre culpabilidad y pena se extiende igualmente al derecho penal empresarial... (p. 157).

El fundamento de la pena será entonces la culpabilidad, teniendo en cuenta que la sanción es el resultado de la indebida autoorganización, buscando primordialmente la autorresponsabilidad empresarial. Para el profesor Gómez-Jara Díez, si bien las sanciones que se imponen a empresas y a personas son distintas, en abstracto, son funcionalmente equivalentes, situación que nos hace concluir ineludiblemente que en ambos eventos cumplen misiones muy similares.

Así, lo explica el reconocido tratadista:

> En relación con los fines de la sanción penal, suele señalarse que, en términos generales, su imposición tiene que perseguir cuatro objetivos: un castigo adecuado (*just punishment*) —entendido generalmente como la retribución—, la disuasión (deterrence), la incapacitación (incapacitation) y la rehabilitación (rehabilitation). En lo que a la responsabilidad empresarial se refiere, debe matizarse un tanto esta definición general; así, se señala que las sanciones proporcionarán un

> castigo justo, una disuasión adecuada e incentivos para que las organizaciones mantengan mecanismos internos de prevención, detección y denuncia de conductas delictivas. (Gómez-Jara Díez, 2010, p. 218).

Las diferentes teorías de las sanciones penales se han clasificado en tres grandes grupos: las teorías absolutas, las relativas y las mixtas o de la unión. En las teorías absolutas, lo fundamental es el castigo. Situación que se asocia con el concepto de justicia, como uno de los pilares principales del proceso penal. Es decir, la esencia de las teorías absolutas consiste en la retribución, que:

> Suele estudiarse desde la perspectiva de Kant y de Hegel. Para el primero, la pena es la realización de justicia que se impone a quien ha delinquido. El solo hecho de delinquir legitima su imposición como compensación, fundamentada en el iustalionismo —ley del talión—. La clase y medida de la pena estará dada por la modalidad del daño causado. Para el segundo autor en referencia, la pena es un mal al igual que el delito que funciona de manera dialéctica, cuando el delincuente niega la norma prohibitiva y el Estado elimina al delincuente con la imposición de la pena confirmando la existencia del ordenamiento. Se fundamenta en una negación de la negación. El infractor de la ley penal niega el mandato legal cuando lleva a cabo la conducta y el Estado niega al delincuente al aplicarle una pena. (Melo Arias, 2017, p. 80).

Se cumplirá con esta función de la pena, cuando a la persona jurídica declarada penalmente responsable se le castigue a través de la imposición de una pena. Las teorías relativas de la pena, no tienen como fundamento la represión del delito sino la prevención del mismo. El establecimiento de la pena en abstracto en la ley penal busca que las personas jurídicas sean autoresponsables y se organicen así mismas. De esta manera, se anticipan a cualquier riesgo que llegue a los linderos del derecho penal, a través de un reforzamiento de prevención del delito sin necesidad de amenaza. Esto, para que sus representantes legales, socios, accionistas y juntas directivas o demás personas encargadas del asunto, se percaten de los riesgos y, adopten, refuercen o modifiquen los protocolos para impedir la comisión de un ilícito. Es la llamada prevención general positiva.

Esta función de la pena tiene una incidencia directa en el *compliance*, que debe entenderse como un programa estratégico a través del cual las empresas implementan medidas, con el objetivo de que se dé cumplimiento estricto a las actividades de su objeto social. Estas son, a la vez, reguladas por

la normatividad; garantizan el descubrimiento temprano de las infracciones que realice el personal de la misma empresa para ponerlo en conocimiento de quien corresponda y pretenden la sanción de los infractores, minimizando una posible responsabilidad de la persona jurídica.

Ha señalado la doctrina que:

> Un programa de cumplimiento normativo eficaz es aquel adaptado a las características de la organización y a los riesgos propios de su actividad, efectivamente implementado en la estructura organizativa del ente, a través de la adaptación de la empresa y de sus actividades a los principios y protocolos de actuación del programa y eficazmente supervisado y actualizado, de forma periódica, por un organismo que actúe con autonomía en relación con el órgano de administración de la entidad.
>
> La empresa que cuenta con un modelo de prevención de delitos eficaz, de forma previa a la comisión del delito, pone de manifiesto que gestiona los riesgos propios de su actividad con la debida diligencia, en tanto que no incurre en riesgos excesivos desde el punto de vista penal y cuenta con mecanismos para controlar adecuadamente los riesgos en que incurre con su actividad, luego no debiera responder por los delitos cometidos por sus miembros. (Ramírez Barbosa y Ferré Olivé, 2019, p. 24).

La prevención general negativa cumple una función intimidatoria frente a las personas jurídicas que son disuadidas a través de la pena que podría imponerse o que se le ha establecido a otra empresa, razón por la cual sirve de ejemplo para que se abstengan de delinquir. Gómez-Jara Díez (2010) sostiene que en EE. UU., la principal función de la pena es la prevención general negativa, y la considera como su función esencial, por cuanto si hay algo que calculan con sumo detalle las empresas, son los factores costo/beneficio que se pueden presentar con su accionar, de manera que esa disuasión resulta incluso más eficaz que la del propio delincuente ordinario individual.

Ello se materializa cuando de manera previa las personas jurídicas revisan en el impacto que podrían tener sanciones como multas, pérdida de beneficios económicos y una caída significativa en los balances financieros. La prevención especial negativa garantiza que no se presentará actividad delictiva mientras la empresa está sancionada, por ejemplo, con la remoción de administradores, directores y representantes legales, o la prohibición de ejercer determinada actividad económica o de celebrar alguna clase de actos o negocios jurídicos. Finalmente, la prevención especial positiva propenderá porque la persona jurídica

condenada no reincida en el comportamiento, habiendo logrado con la pena, la implementación de un adecuado *compliance*.

La pena a la persona jurídica, desde la perspectiva de las teorías mixtas, cumple todas las funciones desde su creación hasta su extinción. Al momento de entrar en vigencia la ley que contempla el comportamiento prohibido para la empresa y lo conmina con una pena, se cumple con la función de prevención general positiva, por cuanto se busca que esos preceptos abstractos sean considerados por sus destinatarios para que las actividades que desarrollen sean conformes los cánones legales.

Cuando se incurre en el supuesto de hecho de la norma penal y se encuentra responsable penalmente a la persona jurídica, sancionándola, se cumple con la función de retribución, por cuanto se le impone un castigo por haber violado la ley penal, cumpliéndose con el principio de justicia. Esa imposición de la pena será una amenaza para las demás empresas, que se percatarán de que, en caso de incurrir en el mismo comportamiento, podrán resultar condenadas a igual o superior pena; con ello, se cumple la prevención general negativa. Mientras la empresa está sancionada y se restringen algunas actividades, se garantiza que no se presentará delito alguno (prevención especial negativa). Finalmente, una vez cumplida la sanción, la persona jurídica deberá adoptar los mecanismos necesarios para no reincidir en el delito, cumpliéndose la prevención especial positiva.

Referencias

Balmaceda Hoyos, G., Guerra Espinosa, R., y Abushihab, M. N. (2014). *Consecuencias jurídico penales en contra de personas jurídicas en Colombia y políticas de prevención del delito en las empresas. Una mirada al modelo chileno* (Primera Edición ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Colombia. Proyecto de ley 154 de 1996. Por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Proyecto de ley 235 de 1996. Por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Ley 491 de 1999. Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Ley 599 de 2000. Por el cual se expide el Código Penal.

Colombia. Ley 600 de 2000. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Colombia. Ley 906 de 2004. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Colombia. Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Colombia. Ley 1778 de 2016. Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.

Colombia. Proyecto de ley 117 de 2018. Por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones.

Decreto 100 de 1980. (23 de enero 1980). *Diario Oficial,* (35.461). Recuperado de http://normograma.info/men/docs/pdf/codigo_penal_1980.pdf

Decreto 663 de 1993. (02 de abril 1993). *Diario Oficial,* (40.820). Recuperado de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1348

De La Vega Martinis, O. H. (2019). *¿Responsabilidad penal de la persona jurídica? Comentario al proyecto de ley 117 de 2018 (Gaceta del Congreso, año XXVII, No. 631, agosto de 2018).* Recuperado de https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/5818/4565

De Martino Carreño, J. S., y Guerrero Sabogal, S. (2018). Análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, perspectivas y críticas a la sanción administrativa: un camino hacia la pena privativa de la autonomía empresarial. *Universitas Estudiantes*, 18, 73-98. Recuperado de https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/43794/4.%20An%c3%a1lisis%20de%20la%20responsabilidad.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Gómez-Jara Díez, C. (2010). *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española.* Buenos Aires: B de F.

Melo Arias, R. A. (2017). *Penas únicas o fijas. Análisis sobre su constitucionalidad* (Reimpresión de la Primera Edición ed.). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Missas Gómez, J. E. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Problemáticas sobre su aplicación desde la expedición del Código Penal. *Criterio Jurídico, 16*(1), 69-106. Recuperado de https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1788

Petro González, I. R., y Mosquera Rentería, J. (2014). La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa. *Revista Criminalidad 56*(3), 87-102.

Ramírez Barbosa, P. A., y Ferré Olivé, J. C. (2019). *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial.* Bogotá: Tirant lo blach.

Ruiz Rengifo, H. W. (2017). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustanciales y procesales.* Bogotá: Editorial Leyer.

Sentencia C-510. (1997). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-320. (1998). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-843. (1999). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Tolosa Russi, D. (2015). Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en Colombia. *Revista Derecho Penal y Criminología, 36*(100), 13-43.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el modelo español: caso práctico

Sandra Bibiana Vargas Castro*

1. Antecedentes de la tipificación sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en la legislación española

En España la situación legislativa sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con los hechos delictivos fue evolucionando en las últimas décadas. Este acontecimiento terminó cuestionando o negando, abiertamente, el tradicional principio de la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir o para ser penalmente responsables de los delitos, a través de los proyectos de Silvela en 1884 y Saldaña en 1994. El Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10 de 1995) representó un paso importante respecto a los Códigos penales anteriores, al establecer de forma sistemática (y no aislada como hasta entonces), consecuencias jurídicas del delito, aplicables a las personas jurídicas, es decir, sin tener en cuenta las consecuencias accesorias como las penas.

Sin embargo, ese cambio hacia la previsión sistemática de las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, en razón de las conductas delictivas, se transformó sustancialmente, al reconocerse de forma expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la Ley Orgánica 5 de 2010, del 22 de junio, por la cual se reformó el Código Penal. En tal virtud, se instituyó y reglamentó por primera vez en la legislación penal española la

* Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Ibagué y especialista en Derecho de la Universidad de Salamanca (España). Estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Ibagué; exjuez y exfiscal. Profesora de tiempo completo de la Universidad de Ibagué e integrante del grupo de investigación Zoon Politikon. Coordinadora de la Especialización de Derecho Penal de la Universidad de Ibagué. Correo electrónico: sandra.vargas@unibague.edu.co

responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis), con un catálogo de penas aplicables de forma directa a las mismas (art. 33.7) y un sistema de aplicación de estas penas respecto de algunos delitos (art. 67 bis). Igualmente, mantuvo la aplicación de las consecuencias accesorias como multas, que se siguen aplicando a empresas, organizaciones, entidades o grupos.

El nuevo modelo constituye la traslación al ordenamiento jurídico español de una tendencia legislativa de origen anglosajón, que ha venido imponiéndose en gran parte de Europa (con la relevante excepción de Alemania). Sin embargo, no había una obligación internacional que vinculara jurídicamente al Estado para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al margen de Gran Bretaña y Holanda, en el resto de Europa el reconocimiento de una responsabilidad penal de las corporaciones y empresas es relativamente reciente y se encuentra en progreso. Esto se presenta en contraste de la controversia existente sobre el problema en EE. UU., donde dicha responsabilidad se depura criminalmente desde hace más de un siglo.

Más adelante, Francia introduciría una regulación en 1994, Dinamarca en 1996, Bélgica en 1999, Polonia y Suiza en 2003, Austria en 2005, Rumanía en 2006, Portugal en 2007, Luxemburgo y España en 2010 y la República Checa en 2012. Una regulación singular es la que presenta Italia en esta materia, puesto que el Decreto Legislativo n.º 231 del 8 de mayo, aunque introdujo nominalmente la responsabilidad *administrativa* de las personas jurídicas, cuando tal responsabilidad se deriva de los delitos cometidos en su interés o beneficio, se debate en un proceso penal y cuenta con el conjunto de todas sus garantías (Hristova, 2015).

Organismos internacionales han presionado para que se regule este tema, entre otros, por la lucha frontal contra organizaciones criminales. Es así como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o el Consejo de Europa han hecho recomendaciones favorables a dicho reconocimiento, pero no por ello han sido de obligatoria recepción. Sin embargo, las iniciativas de la Unión Europea de los últimos años han requerido a los Estados miembros para que establezcan en sus respectivas legislaciones sanciones contra las personas jurídicas, en relación con diversos grupos de delitos.

La justificación de esta introducción se basaba principalmente en considerar a estas corporaciones como núcleos principales de la delincuencia actual, aumentar la eficacia de los procesos penales, así como motivarlas para la adopción de programas de buena conducta. "Aunque la persona física vaya a seguir

siendo el sujeto principal del Derecho Penal, el Derecho Penal de la persona física, por sí solo, no está en condiciones de asumir los retos que supone la criminalidad organizada y económica" (Zugaldía, 2011, p. 60).

2. Diferencia en la legislación española entre los modelos de heterorresponsabilidad y autorresponsabilidad de las personas jurídicas

Considerando a la persona jurídica como sujeto capaz de ser responsabilizado penalmente y sufrir como consecuencia de ello una sanción, aquello que ahora trata de hacer el legislador con esta nueva reforma operada por la Ley Orgánica 1 de 2015 es idear un sistema partiendo del ya establecido para las personas físicas, pero con criterios y características de imputación diferentes, porque los sujetos son ajenos. Esta finalidad es la que busca el artículo 31 bis, relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

No obstante, este modelo no nos ofrece una definición de lo que es *persona jurídica*, por lo cual se acudió a la legislación mercantil y civil, para concluir así que abarca empresas, agrupaciones o entidades, que ostenten personalidad jurídica. En el caso español se puede destacar dos posibles sistemas de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero como establece Ayala de la Torre (2016), citado por la elección de uno u otro, no es una mera construcción doctrinal, sino que tiene indudables e importantes consecuencias en la práctica (Nieto Martín, 2008).

2.1. El sistema vicarial o de transferencia o por representación, o de heterorresponsabilidad

Para poder atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica en este modelo, se requiere la previa actuación por parte de una persona física, así, es necesario para ello la existencia de un hecho de conexión. Este es el modelo seguido y defendido por la Circular de la Fiscalía General del Estado (FGE) 1 de 2016, siguiendo la línea de la Circular 1de 2011 de la FGE. Esta última entendía antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1 de 2015, que el artículo 31 bis no había creado un mecanismo que permitiera imputar directamente los hechos delictivos de la persona jurídica, sino que, partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas (gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial), establece un vínculo a través del cual las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones.

Ese precepto es propio de un sistema vicarial o de transferencia, por tanto, no propone una responsabilidad automática ni independiente. Algunos autores

señalan que en determinadas circunstancias las personas físicas encarnan el cerebro de las personas jurídicas, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella (es decir, los de la corporación) y, por tanto, es esta la que debe responder por ellos. Si bien es cierto que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica fue criticado por un amplio sector de la doctrina, dado que lo consideraban incompleto y confuso en muchos de sus aspectos esenciales, es importante la modificación efectuada por la Ley Orgánica 1 de 2015 del artículo 31 bis, con la intención de aclarar el modelo establecido (Ayala de la Torre, 2016).

El artículo 31 bis quedó así:

> a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
> b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso". (Subrayado fuera de texto). (Ayala de la Torre, 2016).

Por otro lado, el artículo 31 ter. introduce el elemento de *autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al señalar*:

> 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. (Ayala de la Torre, 2016).

El autor citado señala, además, que pese los significativos cambios estructurales y sustantivos, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente. Por tanto, sigue defendiendo un modelo vicarial o por transferencia, a pesar de que la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica se refuerza muy notablemente con el valor otorgado a los programas de organización. Así continúa diciendo que la persona jurídica no comete el hecho, sino que deviene penalmente responsable por los

delitos cometidos por otros. Esto por cuanto el artículo 31 bis Código Penal establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos por personas físicas, de manera que una vez identificado el delito e individualizado la acción típica y antijurídica de la persona física, se deberá examinar si se cumplen los criterios de transferencia de responsabilidad penal de la persona física a la de la persona jurídica.

Otros autores consideran que el Código Penal ha establecido un modelo intermedio entre la autorresponsabilidad pura y el sistema vicarial de responsabilidad, quedando excluidos ambos extremos (Feijoo Sánchez, 2016). Además, este autor critica dicha objeción entendiendo que la persona jurídica es responsable solo respecto de los delitos cometidos por las personas físicas.

En coherencia con este pensamiento, considero que para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas era necesario determinar la existencia de la comisión de un delito por parte de una persona física, pero esta responsabilidad no quiere decir que no sea autónoma e independiente de aquellas personas físicas. A las personas físicas y a las personas jurídicas se les imputa el mismo hecho (soborno, estafa, vertido contaminante, etc.), pero las razones por las que responden son distintas (Ayala de la Torre, 2016).

Con todo esto es necesario tener en cuenta la incorporación y regulación de *modelos de organización y gestión* o *programas de cumplimiento normativo, de organización o de control*, cuyo cumplimiento permite exonerar dicha responsabilidad, y por tanto, la pena. La circular 2 de 2011 citada, considera que la persona jurídica será responsable por el delito cometido por un directivo o por un empleado que no ha sido debidamente controlado, vigilado o supervisado. No obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que se tiene un adecuado modelo de organización y gestión. Para ello será la persona jurídica quien correrá con la carga de la prueba acreditando que dichos modelos de organización y gestión cumplan con las condiciones y requisitos legales.

Todo lo anterior guarda mucha relación con la valoración y probación de la cultura de cumplimiento, el compromiso ético de la sociedad que está siendo investigada en cada caso concreto, de manera que verificados dichos compromisos, quede confirmada la exclusión de responsabilidad (Nieto Martín, 2008).

En este mismo sentido, González Cussac (2015) afirma que el nuevo artículo 31 bis mantiene el mismo modelo de transferencia que el descrito en el anterior artículo 31 bis, es decir, un modelo vicarial o de heterorresponsabilidad (González Cussac, citado por Sánchez Ungría, 2017, p. 19). Se mantiene una responsabilidad penal derivada y coprincipal de la persona jurídica, junto

a la responsabilidad penal de la persona física. Considera que para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica se requiere la previa realización de un hecho. A la vez, señala que la ley debe fijar los criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión en relación con los requisitos exigidos en los apartados segundo y quinto del artículo 31 bis.

En conclusión, este modelo opta por considerar que las personas jurídicas van a ser penalmente responsables por los delitos cometidos por las personas físicas que actúan en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto. Es decir, tanto personas que ostenten el poder de representación, organización o control dentro de las mismas, como aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de esta. De la misma manera van a ser responsables por los delitos derivados del incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre las personas sometidas a su autoridad. Responden, pues, por hechos ajenos, por la transferencia de responsabilidad de las personas físicas.

2.2. El sistema de responsabilidad por el hecho propio o autorresponsabilidad

Bajo esta teoría, es la propia persona jurídica quien comete el hecho delictivo, su responsabilidad es autónoma e independiente de la que pudiera llevarse a cabo por la persona física. De esta manera, es posible solucionar aquellos supuestos en los que no se puede identificar a la persona física aun habiendo actuado en representación de la persona jurídica, o peor aún, citando a Balcarce y Berruezo (2016), quienes señalan que incluso identificándola no se la puede hacer responsable por la aplicación de ciertas circunstancias que la eximen de responsabilidad (Feijoo Sánchez, 2016).

En defensa de este modelo podemos citar, también, la Sentencia del Tribunal Supremo 154 de 2016, del 29 de febrero, a través de la cual se manifiesta que la responsabilidad penal de la persona jurídica se debe, en primer lugar, a la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces para prevenir la comisión de delitos al interior de las organizaciones como hemos visto. El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en la necesidad de constatar la previa comisión de un delito por parte de la persona física integrante de la organización, como presupuesto inicial para dicha responsabilidad, puesto que sigue considerando necesario la culpabilidad por parte de una persona física (Feijoo Sánchez, 2016).

En concordancia con lo anterior, al establecerse que la culpabilidad de la persona física que cometió el delito es distinta a la culpabilidad de la persona jurídica, ha de comenzarse con un análisis acerca de si el delito cometido por la persona física al interior de aquella ha sido posible, o ha sido facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto a la ley. Esto, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran.

En razón de lo anterior, habría de manifestarse en alguna clase de forma concreta de vigilancia o control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos tendientes a evitar la comisión por parte de estos de los delitos "enumerados en el Libro II del Código Penal español como posibles antecedentes de dicha responsabilidad de la persona jurídica" (Sentencia 154 de 2016, p. 62). En todo caso, para la sentencia comentada, si se constata la correcta aplicación de medidas o herramientas de control, idóneas y eficaces que puedan evitar la comisión de delitos por las personas que integran la organización, va a poder verse exonerada de responsabilidad penal (Gutiérrez Pérez, 2015).

Como se observa, ambos modelos tienen un punto en común, y es crear un sistema de doble imputación; el ya existente para las personas físicas y otro para las personas jurídicas, de manera que la responsabilidad de uno no excluye la del otro, ni es preciso que convivan ambas, ello es independiente. En todo caso debe estar expresamente prevista por la ley la infracción, y estar condicionada a dos requisitos: (I) la infracción cometida por el órgano o representante de la persona jurídica; (II) en interés o a cuenta de la persona jurídica (Balcarce y Berruezo, 2016).

3. Cambios estructurales de la reforma del artículo 31 bis CP

La Ley Orgánica 1 de 2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10 de 1995 (Código Español), de 23 de noviembre del Código Penal, introdujo importantes mejoras técnicas en la regulación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya introducidas en 2010, con la intención de delimitar el contenido de *debido control* atendiendo las dimensiones de la empresa, cuyo quebrantamiento permitió fundamentar su responsabilidad penal, como se dijo en la exposición de motivos de la citada ley.

Se estipularon los *modelos de organización y control*, cuyo cumplimiento permite exonerar de pena a la persona jurídica y, por último, se amplió el ámbito de aplicación de dicha responsabilidad a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico

general. Entre otros aspectos, se aclaró igualmente, que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas no es un sistema vicarial como sostiene la Circular de la FGE (Fiscalía General del Estado) 1 de 2016.

Así mismo, el nuevo artículo 31 amplía el ámbito de aplicación de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales. Finalmente, hemos de señalar que el legislador español ha construido un modelo de responsabilidad muy parecido al instalado en el Decreto Legislativo n.º 23 de 2001, del 8 de junio, del ordenamiento italiano.

3.1. Supuestos de responsabilidad penal

Antes de explicar de manera detallada los cambios sufridos en este artículo creo conveniente señalar que existe un *numerus clausus* en cuanto a los delitos que las personas jurídicas pueden cometer. Solo responderán por aquellos que el Código Penal contempla: tráfico ilegal de órganos humanos, trata de seres humanos, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores**,** delitos contra la salud pública, delitos contra la salud pública, cohecho, tráfico de influencias, financiación contra el terrorismo**.**

Así pues, de acuerdo con las vertientes anteriormente expuestas, el Código Penal Español ha optado por el sistema vicarial de responsabilidad penal, es decir, por un lado se establece la responsabilidad de las personas físicas, y por otro, está la responsabilidad de las personas jurídicas, la fundamental diferencia está en que la segunda no es dependiente de la primera. En este sentido, si no se puede determinar si la persona física es culpable, o bien no es posible su imputación, esto no libera de responsabilidad a la persona jurídica. Se convierte así en un mecanismo cuyo principal objetivo es no dejar impunes ciertos crímenes cometidos.

Para Boldova Pasamar (2013) el anteproyecto de reforma del Código Penal de abril de 2013 introduce modificaciones a la regulación vigente:

> En algunos aspectos de la regulación vigente (en el ámbito de la autoría) y nuevas previsiones en cuanto a dicha responsabilidad penal de las personas jurídicas (regulación expresa y detallada de las circunstancias que determinarían una posible exención de responsabilidad). Por tanto, se estaría consolidando el cambio de paradigma iniciado en 2010, aunque la forma de proceder del legislador resulte sumamente criticable, al dar la impresión de una improvisación permanente, a falta de claridad de ideas, generando incertidumbre acerca de la determinación del concreto modelo establecido. (p. 223).

Bajo Fernández y Gómez Jara Díez (citados por Boldova Pasamar, 2013), en el capítulo del libro *Derechos procesales fundamentales de la persona* jurídica abordan cómo ante la ausencia de una regulación paralela a la penal, la improvisación se pone de manifiesto en el ámbito del derecho adjetivo para hacer plenamente efectiva la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues hasta en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 37 de 2011), del 10 de octubre, (medida de descongestión procesal), no se habían abordado las implicaciones procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de los entes societarios.

Para Boldova Pasamar (2013), además de la parte dogmática, se han regulado cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, al derecho de defensa de las personas jurídicas, a la intervención en el juicio oral de los intervinientes en el proceso, así como las sanciones de quienes no acudan a los tribunales, y en general, aspectos procesales atinentes al tema. Para ello revisamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español y encontramos un caso en donde, en virtud de este modelo de responsabilidad vicarial, se profirió sentencia condenatoria a empresas involucradas en asuntos delictivos por parte de sus representantes legales, como pasaremos a citar:

> **Audiencia nacional sala penal sección 3**
> **Magistrado Ponente:** María De Los Ángeles Barreiro Avellaneda
> **Sentencia 40/2018. Sección 3ª**
> El Ministerio Fiscal ejercitando la acusación pública, representada por el excelentísimo. Sr. don José Grinda González.
> *Los acusados:*
>
> - Benjamín, nacido en Magnitogorsk (Rusia). Estuvo privado de su libertad por dicha causa desde el 25 de enero de 2013 hasta el 15 de enero de 2015, momento en el que se modificó su situación tras haber depositado fianza, quedando sometido a medidas cautelares restrictivas de su libertad.
> - Aparece representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Fernández-Granados. Bravo, asistido del Letrado don Jacobo Teijelo Casanova.
>
> Las empresas **DEVELOPMENT DIAGNOSTIC COMPANY, S.L., Y DEVELOPMENT DIAGNOSTIC COMPANY, LIMITED**, representadas por el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar y defendidas por el Letrado don Josep María Prat Sábat;
>
> Florián, nacido en Barcelona, el día 3 de 1.965, ciudadano de Andorra, domiciliado en CARRETERA, (Andorra), en plena libertad. Aparece representado por el Procurador de los Tribunales don Guzmán de la Villa Serna asistido del Letrado don Emilio Renedo Sanz.

Antecedentes de los hechos:
El Juzgado Central de Instrucción núm. 6 en el marco del procedimiento abreviado acordó por auto del 24 de mayo de 2017 la apertura de juicio oral contra los mencionados, por los ilícitos de blanqueo de capitales de los artículos 301.1º y 302.1º del Código Penal Español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) atribuyendo al investigado Florián N, su intervención como cooperador necesario conforme al artículo 28.2º,b del mismo Código Penal; el mismo delito y otro de asociación ilícita previsto en el artículo 515.2 eran atribuidos al investigado Benjamín, en calidad de autor de conformidad con el artículo 28.1º del CP.
También se abrió juicio respecto a las sociedades mercantiles DEVELOPMENT DIAGNOSTIC COMPANY, S.L., y DEVELOPMENT DIAGNOSTIC COMPANY, LIMITED (artículo 31 bis del Código Penal de 2.010 concordante con el artículo 302.2, b) del mismo Código).
Hechos probados
Benjamín pertenece a una organización perfectamente estructurada en la que recibía órdenes de sus superiores jerárquicos.
En fecha 31 de enero de 2011 se iniciaron en la Fiscalía las Diligencias de investigación contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, se puso en conocimiento de esa Fiscalía la existencia de unas operaciones de afloramiento de beneficios procedentes de actividades delictivas de una organización criminal de origen ruso. Una vez asentada dicha organización en territorio español consiguió crear una estructura empresarial, obteniendo una parte de su negocio a través de favores a miembros del Ayuntamiento de Lloret de Mar.
La cabeza visible en España era Benjamín, de nacionalidad rusa, sin antecedentes penales en el momento de los hechos, quien ocupó el escalón más alto dentro de la organización investigada, existiendo por encima de él otras personas que no son objeto de acusación, para las que supervisaba y controlaba los negocios de la organización.
Esta organización llevó a cabo en España operaciones de inversión, principalmente en el sector inmobiliario, para aflorar activos derivados de la actividad criminal. Para ello, se creó una red de empresas relacionadas con terceros países, algunos de ellos paraísos fiscales o países no colaboradores con el sector, cuyas actividades permitían la entrada en el mercado lícito, es decir, con apariencia de legalidad.
La mayoría de las inversiones inmobiliarias realizadas en España por el Sr. Benjamín figura a nombre de dos sociedades españolas, VIKSER FINKAS MANAGEMENT, S.L. y DEVELOPMENT **DIAGNOSTIC** COMPANY, S.L., administradas por él y relacionadas con el Sr. Juan Ignacio. Este aparecía como socio mayoritario de ambas empresas a título personal o como socio mayoritario de DIAGNOSIS DEVELOPMENT COMPANY, LIMITED (DDC, LIMITED), sociedad que poseía

la participación mayoritaria de DEVELOPMENT **DIAGNOSTIC** COMPANY, S.L; además el Sr. Juan Ignacio es el propietario último de FONDEX CORPORATION, una sociedad que aportó más de 15 000 000 de euros a las citadas empresas administradas por el Sr. Benjamín.

A partir de ese momento, comenzó los negocios inmobiliarios con la constitución de VIKSER FINKAS MANAGEMENT, S.L., en 2002 y de DEVELOPMENT **DIAGNOSTIC** COMPANY, S.L. en 2004, en calidad de administrador de ambas sociedades, a pesar de no poseer formación profesional en el sector.

Fue principalmente Benjamín quien construyó una red de relaciones personales que le permitieron, entre otras cosas, realizar grandes inversiones económicas e introducirse en los círculos políticos del Ayuntamiento de Lloret de Mar (Girona). Benjamín fue sido condenado, por el delito de cohecho, junto con los Sres. Baltasar y Bernardo, Alcalde y Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Lloret de Mar. Igualmente, se probó el fuerte vínculo personal y profesional que mantenía Benjamín con Florián, quien era a su vez, un alto cargo de la BANCA PRIVADA DE ANDORRA (BPA) y quien se ocupó de la gestión y control de las cuentas bancarias abiertas por personas físicas y jurídicas de la organización.

En un primer momento, la persona con la que Benjamín mantenía contacto en Andorra para gestionar los movimientos de capitales era Doña Gloria, de nacionalidad holandesa y residente en Andorra. Trabajaba como gestora de cuentas en BPA y era conocida por sus clientes como "Inocencia".

El pasado 20 de noviembre de 2018 el Tribunal Supremo Español, dicto sentencia condenatoria en contra de las empresas **DEVELOPMENT DIAGNOSTIC COMPANY, S.L., y DEVELOPMENT DIAGNOSTIC COMPANY, LIMITED**, por haber participado en la comisión de delitos relacionados con el blanqueo de capitales y asociación para delinquir, de conformidad con las pruebas acopiadas al proceso, aun cuando no se imputaron responsabilidades individuales, aplicando el sistema de responsabilidad vicarial español - artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10 de 1995, cuyo texto citamos anteriormente.

Como se observa, esta sentencia constituye un ejemplo en España, de la atribución de responsabilidad penal a una empresa, aun cuando no se establecieron responsabilidades a título individual respecto de personas determinadas que participaron en la comisión de delitos. Pero a nuestro modo de ver constituye un gran avance para que no queden impunes hechos que comprometan a organizaciones criminales por la actuaciones de sus miembros; de ahí la exigencia a los Estados por parte de organismos internacionales, en la necesidad de establecer mayores mecanismos de control y Códigos de buen gobierno al interior de las empresas, que permitan prevenir la comisión de delitos y, con

ello, el desfalco de grandes sumas de dinero como ha sucedido muchas veces en Colombia… entre otros, por ejemplo, caso Odebrecht.

Referencias

Ayala de la Torre, J. M. (2016). *Compliance*. Madrid, España: Francis Lefebre.

Balcarce, F. I, y Berruezo, R. (2016). *Criminal compliance y personas jurídicas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de f.

Boldova Pasamar, M. A. (2013). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. *Estudios penales y criminológicos*, *33*, 219-263. Recuperado de http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1395

Decreto Legislativo No. 231/2001. Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. Recuperado de https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm

España. Ley Orgánica 10 de 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf

España. Ley Orgánica 05/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado de https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5

España. Ley 37/2011, del 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Recuperado de https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/37

España. Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado. Relativa a la responsabilidad Penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010. Recuperado de https://bit.ly/38dNmFD

España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado de https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1/con

España. Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015. Recuperado de https://bit.ly/2tJiLAP

Feijoo Sánchez, B. (2016). *El delito corporativo en el Código Penal Español*. Madrid, España: Editorial Civitas.

Gutiérrez Pérez, E. (2015). Los compliance programas como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La "eficacia e idoneidad" como principios rectores tras la reforma de 2015. *Revista General de Derecho Penal*, (24). Recuperado de http://hdl.handle.net/10045/59207

Hristova, S. (2015). *La responsabilidad penal de la persona jurídica. Las personas jurídicas como parte pasiva del proceso penal. Trabajo de grado para obtener el título en Derecho.* Valladolid: Universidad de Valladolid. Recuperado de http://uvadoc.uva.es/handle/10324/13836

Nieto Martin, A. (2008). *La responsabilidad de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid, España: Iustel.

Sánchez Ungría, B. (2017). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a la reforma del artículo 31 bis CP de 2015* (Tesis de pregrado, Universidad de Salamanca, Salamanca, España). Recuperado de http://hdl.handle.net/10366/135686

Sentencia 154. (2016). Tribunal Supremo. Magistrado Ponente: José Manuel Maza Martín.

Sentencia 00040. (2018). Tribunal Supremo. Magistrado Ponente: María de los Ángeles Barreiro Avellaneda.

Zulgadía Espinar, J. M. (2011). Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español. *En XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El nuevo Código Penal* (pp. 51-102). Ministerio de Justicia Gobierno de España.

Bibliografía recomendada

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Zúñiga Rodríguez, L. (2003). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona, España: Aranzandi.

El debate sobre la responsabilidad penal de las entidades del sector salud (EPS e IPS) y de sus directivos por los daños causados a usuarios por omisión y deficiencia en la prestación de servicios de salud

Adolfo Murillo Granados[*]
Mónica Caicedo Lozada[**]

Introducción

A través de este estudio se pretende incursionar en la discusión sobre el tipo de responsabilidad que podría surgir para las entidades de salud: Entidad Promotora de Salud (EPS) e Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS), como consecuencia de las omisiones o deficiencias que se registran en la prestación de servicios de salud a su cargo. La investigación trasciende el estudio de la responsabilidad atribuible a los profesionales que atienden o a quienes

[*] Abogado de la Universidad Libre, seccional Cali. Especialista en Derecho Penal y Criminología y en Derecho Constitucional de la misma Universidad. Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Autor de libros, capítulos de libro y artículos en materia penal, constitucional y derechos humanos. Profesor invitado de posgrado en varias universidades del país. Investigador Sénior reconocido por Minciencias. Integrante de los grupos de investigación GICPODERI de la Universidad Santiago de Cali y de Derecho Penal y Derecho Procesal de la Universidad Libre. Seccional Cali. Correo electrónico: adolfomurillog@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5409-6402

[**] Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana en convenio con la Universidad de San Buenaventura. Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, seccional Cali. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre. Autora de libro en materia constitucional y comercial, de capítulos de libro en materia comercial y constitucional. Profesora de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Bogotá. Integrante del grupo de Investigación de Derecho Penal de la Universidad Libre. Seccional Cali. Correo electrónico: caicedolmonica@hotmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0374-3649

correspondería atender al usuario. A la vez, busca determinar si esa responsabilidad se puede extender a los directivos y a las empresas, cuando esas conductas obedezcan a directrices impartidas por los directivos o a la falta de control sobre la actividad desarrollada por los profesionales de la salud que hacen parte de su estructura.

Para ello, se examinarán en primer término, las bases constitucionales y legales que determinan la estructura del sector de la salud, los actores del mismo y sus deberes, para luego revisar las distintas alternativas teóricas que ofrece la doctrina penal, tales como la autoría mediata a través de estructuras de poder, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la posición de garante y los deberes de vigilancia exigibles a las entidades de salud.

1. Sector salud. Fundamentos constitucionales y legales para su funcionamiento

Teniendo en cuenta el propósito que anima a este escrito, el examen no se centrará únicamente sobre el derecho a la salud, sino que también versará sobre la forma como se organizan y funcionan los servicios de salud, para garantizar al ciudadano una prestación adecuada que le asegure la preservación de la salud. En tal sentido, los puntos de referencia explícitos desde el punto de vista constitucional son el artículo 48, en cuanto regula lo inherente a la seguridad social integral, y el artículo 49 que le da a la atención de la salud el carácter de servicio público a cargo del Estado. De esta manera, garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud, conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y establece las políticas para la prestación de los servicios de salud por entidades privadas, así como su vigilancia y control.

La Constitución de 1991, le otorgó rango constitucional al derecho a la salud. Por su parte, la Ley 100 de 1993 crea el sistema de seguridad social integral, y queda el legislador sujeto a los principios constitucionales que lo rigen como son solidaridad, eficiencia y universalidad. En consecuencia, de los artículos 48 y 49 de la Constitución surge para el Estado la obligación de garantizar el acceso a los servicios de protección y recuperación de la salud.

A esto se suma, que de conformidad con los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, el servicio de salud debe ser prestado conforme los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad y continuidad, entre otros. A lo anterior debe agregarse, que de conformidad con el artículo 50 de la

Constitución, todo niño que no esté cubierto por algún tipo de protección o seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del estado, de acuerdo con la regulación legal correspondiente.

Con base en el referido principio de oportunidad, el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde, en aras de la recuperación satisfactoria de su estado de salud y no padecer progresivos sufrimientos, incluyendo el derecho al diagnóstico. Según el principio de eficiencia, los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente deben ser razonables, de tal manera que no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir.

Al tenor del principio de calidad, todas las prestaciones en salud requeridas por el paciente (tratamientos, medicamentos, cirugías o procedimientos) deben contribuir a la mejora de su condición de vida y salud. En términos de los principios de integralidad y continuidad, debe asegurarse al usuario un tratamiento integral y la no interrupción del tratamiento, una vez se haya iniciado antes de su recuperación o estabilización.

En consonancia con lo anterior, debe recordarse que la Ley Estatutaria de la salud, al hacer referencia a los derechos de las personas relacionados con la prestación de servicios de salud, los enlista así: a) a acceder a los servicios y tecnologías de salud que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad; b) recibir la atención de urgencia que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin exigencias económicas; c) mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante; d) a obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de su tratamiento; e) a recibir las prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley; f) a recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como sus opiniones personales sobre los procedimientos; g) a que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada; h) a que se le preste durante toda la enfermedad asistencia de calidad por parte de trabajadores de la salud debidamente calificados y autorizados para ejercer; i) a la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y medicamentos requeridos; j) a recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a la intimidad; k) a la intimidad; l) a recibir información sobre los canales formales para presentar reclamaciones, quejas, sugerencias y, en general, para comunicarse con la administración de las instituciones y a recibir

respuesta; m) a solicitar y recibir explicaciones o rendición de cuentas acerca de los tratamientos de salud recibidos; n) a que se respete la voluntad de aceptación o negación de la donación de órganos de conformidad con la ley; o) a no ser sometido a ningún trato cruel o inhumano que afecte su dignidad, ni a ser sometido a soportar sufrimiento evitable, ni obligado a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento; p) a que no se le trasladen las cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio y q) a agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de la enfermedad (Barona Betancourt, 2014).

En relación con estos derechos y por ser relevantes para el estudio que se adelanta, debe decirse que la jurisprudencia constitucional ha señalado que tratándose de la orden de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), cuando la exclusión amenaza los derechos fundamentales del paciente, el medicamento no puede ser sustituido por uno incluido en el POS que tenga igual efectividad, que el paciente no puede asumir el costo del mismo, prescrito por el médico adscrito a la EPS a la que esté afiliado, debe ser atendida. Siendo el criterio del médico tratante el criterio por seguir, en especial cuando este indique que existe una urgencia, evento en el que el suministro no puede supeditarse a aprobaciones por parte de la EPS ni de la Superintendencia de Salud porque el servicio debe prestarse de manera inmediata.

El sistema de salud, según lo previsto en el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, está compuesto por lo siguiente: 1) organismos de dirección, vigilancia y control, compuestos por el Ministerio de Salud y Trabajo, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Superintendencia Nacional en Salud; 2) los organismos de administración y financiación, integrado por las Entidades Promotoras de Salud, las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud y el Fondo de solidaridad y Garantía; 3) las instituciones prestadoras del servicio de salud, que podrán ser públicas (ESE), privadas o mixtas; 4) las demás entidades que presten servicios de salud, tales como centros médicos que no tienen la calidad de IPS, pero están autorizados por el Ministerio de Salud y 5) los empleados, trabajadores y los beneficiarios del sistema. Es claro entonces, que de la conformación del sistema no solo hacen parte los empleadores, trabajadores y beneficiarios, sino también personas jurídicas de derecho público y privado.

En un Estado social de derecho, es fundamental el adecuado funcionamiento de los servicios de salud y del sistema de seguridad social, que, aunque en principio se miran como derechos prestacionales y por ello se ubican dentro de la órbita de los derechos sociales, progresivamente se asumen con una

dimensión diferente en cuanto se constituyen en el soporte para garantizar el derecho a la vida y a la salud. Por lo anterior, se puede demandar de los operadores encargados el acceso a las prestaciones que están obligados a suministrar, esa es la dimensión asistencial del derecho.

El estudio de la manera como el sistema ha sido concebido y estructurado, se torna obligatorio, en la medida en que las acciones de tutela contra las instituciones que lo integran, hacen parte del mayor porcentaje de los reclamos constitucionales, situación que pone en evidencia que el sistema no funciona de manera correcta y como consecuencia de ello se ponen en riesgo derechos fundamentales como la vida y la salud. En términos generales, las leyes que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud son la Ley 100 de 1993, la Ley 715 de 2001, la Ley 1122 de 2007, la Ley 1438 de 2011 y la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

No puede dejarse de lado la opinión expresada por Dueñas Ruiz (2012), para quien uno de los motivos que conllevan recurrir masivamente a la tutela con el fin de reclamar la efectividad del derecho a la salud, se debe al diseño de la seguridad social en Colombia. De esta manera, se convierte la prestación del servicio en un apetecible asunto propio de la economía del mercado en el que los trabajadores cotizan mensualmente para salud, el servicio se ha privatizado y las empresas que lo prestan tienen como meta principal, el aspecto financiero. Agrega que las dificultades que se han presentado ponen en evidencia un problema de orden estructural derivado de un sistema construido sobre la idea de negocio. Por eso, resulta extraño que en un país en el que se reconoce constitucionalmente el derecho a la salud, las personas deban acudir a la tutela para ser atendidas o para que se le entreguen los medicamentos.

Al analizar las diferentes aristas de este asunto, se impone señalar, siguiendo muy de cerca el planteamiento de Fernández Muñoz (2014) en un estudio enmarcado dentro del derecho del consumo, que la colectivización del ejercicio de la medicina y la pluriparticipación médica, producto del auge de las especializaciones y que se desarrolla en grandes centros hospitalarios, lleva a considerar la repercusión del derecho del consumo en el ámbito sanitario y en la responsabilidad médica. En este contexto, se han producido cambios importantes en la atención de la salud frente al requerimiento de calidad de estos servicios. En Colombia, como consecuencia de la Ley 100 de 1993, se estableció un nuevo modelo de prestación de servicios de salud que supuso la descentralización del servicio en cabeza de entes territoriales y la autorización para que el sector privado participara en la prestación del servicio.

El esquema derivado de dicha normatividad, se basa en la prestación del servicio eminentemente institucional sometido a principios tales como la eficiencia y la universalidad, soportado sobre premisas tales como productividad empresarial, reorganización administrativa y mercadeo de servicios. Es en este escenario que aparecen las empresas privadas dedicadas al *negocio* de la salud que insertan la medicina en el *mercado de la salud,* por eso, a pesar de tener la salud el carácter de un derecho constitucionalmente protegido, los servicios de salud responden a la lógica del *mercado competitivo de la salud*, asumiendo las empresas del sector el carácter de proveedores de servicios.

Por esta razón, de conformidad con el Decreto 1011 de 2006, las entidades que hacen parte del sector (EPS, IPS, empresas de medicina prepagada) están sometidas al Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, el servicio de salud se integra a través de un modelo plural que requiere la colaboración conjunta del sector público y del sector privado en la organización y prestación eficiente del servicio.

Como se dijo, se creó a través de la Ley 100 de 1993 un sistema competitivo del que hacen parte tanto organizaciones del sector privado como organizaciones del sector público que debe garantizar a todos los colombianos un Plan Integral de Salud. La ley, con la finalidad de garantizar la totalidad de la cobertura, ha establecido dos regímenes diferenciados: el contributivo y el subsidiado. El primero cobija a todas aquellas personas con capacidad de pago que coadyuvan a la financiación del sistema mediante el aporte de cotizaciones individuales y familiares o compartidas con el empleador. El segundo, se dirige a la población en condición de pobreza y que por ello no están en condición de pagar en todo o en parte el valor del servicio, por lo cual tal pago se realiza con recursos fiscales o de solidaridad.

La administración del denominado régimen contributivo ha sido confiada por la ley a las EPS que por ello asumen la responsabilidad de afiliación, recaudo de las cotizaciones y deben garantizar la estabilidad y la financiación del sistema actuando por delegación del Fondo de Garantía y Solidaridad —Fosyga—. Igualmente les corresponde la organización y garantía del POS suministrar la atención inicial de urgencias y aquellos medicamentos catalogados como esenciales. La materialización del servicio se hace a través de las IPS que deben hacerlo en condiciones de eficiencia con autonomía técnica, administrativa y financiera.

Por su parte, el régimen subsidiado busca financiar la atención en salud a la población pobre y vulnerable que es asegurada principalmente mediante recursos de las entidades territoriales y del Fosyga en cumplimiento del principio de solidaridad. Su administración se asigna directamente a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, que deben suscribir los contratos o convenios con las EPS o cajas de compensación, para asegurar el acceso oportuno y de calidad al plan de servicios.

Gil Botero (2012) basado en el trabajo adelantado por Arenas Monsalve, dice que hay una serie de funciones del sector público en materia de salud que se consideran irrenunciables, estas son las siguientes:

> 1. La planificación y delimitación de las políticas públicas en el sector sanitario; 2. La coordinación de las políticas macro-económicas; 3. La generación de infraestructura necesaria para asegurar que el servicio llegue a toda la población en igualdad de condiciones; 4. La promoción de la ciencia y la tecnología, y 5. La certeza de que el servicio sea prestado a aquellas poblaciones que se encuentran en situaciones de desventaja y que no tienen capacidad de pago. (p. 26).

El sistema de salud, cuya prestación es catalogada como un servicio público esencial, implica una ponderación de valores constitucionales, razón por la cual es primordial que los operadores, sin importar su naturaleza, aseguren la continuidad para que una vez ingresa la persona al sistema, no pueda ser separada del servicio mientras esté en peligro su vida o su integridad personal.

De conformidad con la Ley 100 de 1993, para autorizar el funcionamiento de las EPS es necesario que estas dispongan de una organización administrativa y financiera que les permita contar con una base de datos que mantenga una caracterización socioeconómica y de salud de sus afiliados, acrediten la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, verifiquen la capacidad de las instituciones y de los profesionales y evalúen periódicamente la calidad de los servicios prestados. También deben acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y capacidad y tener el fondo que asegure su viabilidad económica y financiera.

El cumplimiento de estos parámetros, en principio, es importante para evitar la declaratoria de responsabilidad tanto de las IPS como de las EPS, esto porque a la EPS corresponde la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo de salud y la articulación de los medios para garantizar un acceso efectivo y de calidad. La EPS asegura al usuario, por ello se compromete a suministrar con oportunidad, calidad y eficiencia el servicio.

Este rápido recorrido nos muestra que, a pesar de haberse adoptado el modelo de estado social de derecho, la Constitución posibilitó que la prestación de uno de los derechos esenciales estuviera en manos de un sistema mixto. Sistema que fue diseñado por el legislador para que se manejara con criterios esencialmente mercantiles a través de instituciones en muy alto porcentaje de derecho privado, que, aunque vigiladas por el Estado, anteponen sus intereses comerciales a la satisfacción adecuada de los requerimientos en materia de salud.

Lo anterior se ha traducido en la presentación de múltiples tutelas para reclamar en materia de salud. Este panorama ha llevado, en primer término, a la jurisprudencia constitucional y, posteriormente, al legislador a precisar de mejor manera los deberes que surgen para dichas instituciones y para quienes los dirigen. Las precisiones normativas que ha impuesto la realidad, sirven de base para hacer consideraciones a partir de la dogmática penal que permita extender la responsabilidad penal a los administradores, labor que de manera progresiva y lógica se hará a continuación pasando de consideraciones generales a análisis particulares.

2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus directivos

En España, es a partir de la entrada en vigencia de la LO. 5 de 2010 que se da entrada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, admitiendo el principio *societas delinquiere potest*. Las opciones disponibles dentro de los modelos dogmáticos para la regulación eran: (i) el modelo de responsabilidad indirecta o de heterorresponsabilidad, que implica que cuando un directivo o representante de una persona jurídica cometa un delito, este debe imputarse a la persona jurídica, por *reflejo o rebote* siempre que se haya actuado en el giro de la empresa y en beneficio de ella, se transfiere a la persona jurídica la responsabilidad de la persona física que ha actuado en su seno; (ii) los modelos de responsabilidad criminal directa o de autorresponsabilidad, cuyo fundamento puede ser el dominio de la organización funcional sistemática, los sistemas sociales autopoiéticos, la teoría de la acción comunicativa o el modelo del hecho de referencia o del *hecho de conexión*.

Finalmente, el legislador ibérico se inclinó por un sistema de doble vía o de doble entrada que diferencia dos regímenes sancionatorios, de responsabilidad criminal acumulativa, porque la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas jurídicas que actúen en su seno, ni a la inversa, de responsabilidad criminal directa y de *numerus clausus.*

Se impone aclarar, que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno, ni a la inversa, porque dicha responsabilidad no busca evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas. Cuando se cometen delitos a través de estructuras organizadas basadas en la división funcional del trabajo y la jerarquía, la determinación de la responsabilidad de quienes intervienen presenta sus dificultades porque la dogmática clásica está concebida de manera diferente.

Es preciso, entonces, determinar los criterios para atribuir responsabilidad a los subordinados, de los mandos intermedios, especialmente cuando tienen poder de mando y del jefe de la organización o del directivo quienes se caracterizan por ser *hombres de despacho* que por ende no realizan actos de ejecución, pues su conducta consiste en planificar y emitir la orden al subordinado.

Gascón Inchausti (2012) precisa que teniendo en cuenta la vigencia del principio de culpabilidad, ningún sujeto puede ser condenado por conductas que no le sean imputables, aplica también cuando se trata de personas jurídicas. Por ello, se exige que, junto al hecho de referencia, es decir, el atribuido a la persona física a la que se debe anudar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe darse en el caso concreto algún factor o circunstancia que permita atribuir a la persona jurídica de forma subjetiva, responsabilidad por la comisión del delito de referencia. Este fundamento se puede encontrar en el llamado defecto de organización, de la persona jurídica que propició o facilitó la comisión del delito por las personas físicas vinculadas a ella, que en últimas consiste en la omisión de las actuaciones necesarias para evitar la comisión de los delitos en su seno.

En la regulación española, señala Gascón Inchausti (2012), no se ha introducido un régimen de responsabilidad penal general para las personas jurídicas, sino limitado a ciertos tipos delictivos señalados expresamente en la ley. Se ha optado por un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas si se presenta alguna de estas dos situaciones: a) los representantes legales o los administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica han cometido alguno de los delitos expresamente señalados en nombre y por cuenta de la persona jurídica y en su provecho; b) en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de la empresa, otras personas, sometidas a la autoridad de las personas mencionadas, que han cometido alguno de los delitos especialmente señalados, y que han podido hacerlo porque no se ha ejercido sobre ellos el debido control, dependiendo de las concretas circunstancias del caso.

La adopción por parte del legislador en el plano penal sustantivo de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene claras repercusiones procesales, por lo tanto, la revolución no solo sustantiva sino también procesal. La presencia de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal obliga a realizar actuaciones que hasta ahora no se contemplaban en el proceso penal o a realizarlas de manera diversa respecto de la persona jurídica.

En la dogmática moderna, como lo señala Donna (2008), el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es bastante discutido, porque resulta tentador admitir su responsabilidad, en la medida en que dichas entidades son titulares de ciertos bienes contra los cuales el derecho penal podría actuar. Lo anterior posibilita pensar en sanciones especialmente aplicables a las personas jurídicas, además, porque ante la proliferación de sociedades y personas colectivas han aumentado igualmente los delitos que se cometen a través de ellas, por decisiones de sus órganos de gobierno.

Núñez (1959), en su tradicional obra de Derecho Penal Argentino, ya advertía que hablar de responsabilidad penal de las personas morales no se podía hacer de la misma manera que hablar de la responsabilidad de las personas físicas, mediante la declaración de una autoría o participación delictual de dichos entes. Esto, entendiendo que la cuestión debía plantearse fundando la repercusión en la persona o bienes del ente en las consecuencias del delito de sus órganos, ya fuera en la idea de una medida orientada a aniquilar a la empresa, o el medio de acción ilícita de sus órganos o componentes.

Al hacer el estudio sobre los fundamentos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, López Barja de Quiroga (2010) señala que esta cuestión ha encontrado respuestas muy diversas a lo largo de la historia. Así, en el derecho romano se mantuvo en vigor el principio *societas delinquere non potest*, mientras que en el derecho germánico influido por el derecho canónico fue admitida la capacidad penal de dichas entidades.

Posteriormente, a partir del siglo XIX, se impuso la idea de que solamente las personas físicas tenían verdadera capacidad criminal, argumento basado esencialmente en las dos grandes teorías sobre las personas jurídicas como eran la teoría de la ficción y la teoría de la realidad. Actualmente, el asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se percibe como una necesidad político criminal que se pone de presente en el derecho vigente, para articular una respuesta al problema que plantea la criminalidad originada en la actividad de las personas jurídicas relacionadas esencialmente con delitos esencialmente económicos. De la misma manera, con delitos medioambientales en los cuales,

por medio de la actuación para la empresa, se lesionan bienes jurídicos de terceros o incluso de sus colaboradores.

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una realidad en algunos países y agita el debate académico en otros, pero, como afirma Zugaldía Espinar (2013) su análisis debe tener en cuenta tres premisas esenciales: en primer lugar, que el debate sobre si se debe o se puede exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas ha sido superado y hace parte del pasado, en segundo lugar, que los legisladores han hecho caso omiso del debate académico, y por razones pragmáticas y de necesidad, han llevado a cabo la ampliación del sujeto del derecho penal admitiendo a las personas jurídicas especialmente en la criminalidad económica organizada y, en tercer lugar, el problema en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica hoy básicamente en la necesidad de adoptar criterios normativos que permitan atribuir un delito a una persona jurídica.

De manera concluyente señala Zugaldía Espinar (2013) que:

> Cuando se aprovechan las estructuras jerárquicamente organizadas para cometer delitos, con división de funciones, teniendo unos el papel de diseñar el hecho, otros de trasmitirlo y otro de ejecutarlo, cada uno cumpliendo su rol o función dentro de la estructura organizada, con conocimiento de que con su conducta se producirá la lesión del bien jurídico, es difícil negar, en cada una de esas fases, el dominio del hecho y que el mismo se ha realizado 'conjuntamente'. En la realización de delitos fraccionadamente, el hombre de atrás o dirigente que planifica y emite la orden domina el hecho porque decide su ejecución (dominio material del hecho como dominio de la decisión y configuración del hecho), igual que el que la trasmite, siempre que tenga mando de decisión o funciones directivas (dominio del desarrollo del hecho). Finalmente, el que ejecuta el hecho, cumpliendo la orden emitida por el directivo y con conocimiento de su ilicitud, también tiene el dominio formal del hecho (dominio de la ejecución). (p. 44).

En tal eventualidad, afirma, los directivos deberán responder como coautores, atribución que se fundamenta en que tienen el dominio de la organización, así el dominio de la decisión, de la configuración o de la organización se ejerza en el estadio de la preparación del hecho o configurando su ejecución.

Teniendo en cuenta que las sociedades modernas son consideradas sociedades de riesgo, las empresas son interpretadas como fuentes de peligro, por lo cual el derecho penal moderno le exige al empresario como titular de la organización, el celoso cumplimiento del deber de cuidado, a través del acatamiento

de las normas que regulan su actividad comercial. Esto, para evitar la concreción de riesgos jurídicamente desaprobados que comporten lesiones a bienes jurídicos, en especial, si se tiene en cuenta que estadísticamente los resultados dañosos provenientes de una estructura empresarial son más perjudiciales que los provocados por una persona de manera aislada. Para documentar esta situación, Cúneo Libarona (2011) refiere varios casos, entre ellos: *Lederspray, Contergam, Hunosa, Republica de Cromañón y Lapa.*

Schunemann (2002) estima que los sucesos en la empresa están determinados a través de la estructura organizativa empresarial, esto significa que se basa en la organización y delegación, en la división del trabajo y de la jerarquía. En ese contexto debe señalarse que el poder de dirección en la empresa se apoya en la estructura jerárquica, entendida como poder directivo o derecho de dirección, la distribución del trabajo que se aumente hacia abajo, la fungibilidad creciente de los órganos de ejecución, la formación de un sistema de conducta basado en un proceso de aprendizaje colectivo y el poder de determinación sobre los medios de producción objetivos.

Una de las dificultades que se detecta, inicialmente, cuando se pretende establecer responsabilidades dentro de las empresas es la división de tareas y la distribución de funciones, descentralización que por regla general busca que los diferentes escalones jerárquicos actúen como contralores de la actividad, existiendo dentro de cada área un garante, pese a lo cual se vuelve difícil determinar quién es el garante que quebrantó su deber, por lo que en virtud de la descentralización que caracteriza a la organización de las compañías modernas se puede afirmar que la organización de la responsabilidad amenaza con convertirse en la organizada irresponsabilidad como con tino lo sostiene Cúneo Libarona (2011).

Berruezo (2007), también señala que la categoría dogmática de la omisión impropia ha sido utilizada para atribuir responsabilidad penal en el ámbito de la empresa. Considera que la omisión impropia se centra en función del vértice de la estructura societaria y busca la responsabilidad del titular de la empresa. Refiere que, en el Congreso Internacional de Derecho Penal realizado en El Cairo en 1884, se estableció que todo superior en una empresa económica tiene posición de garante respecto del poder de organización, y por ello, se la han de imputar los delitos cometidos por los subordinados en el ejercicio de la actividad para la empresa como si hubieran sido causadas por su propia conducta.

No obstante, el titular de la compañía, quien tiene el rol de garante originario, debe trazar un eficaz sistema de control de los diversos niveles jerárquicos,

dotándolos de personal idóneo y de información y medios para desarrollar adecuadamente el giro comercial de la compañía. Como consecuencia de lo anterior, el garante originario puede ser liberado de responsabilidad cuando ha diseñado y puesto en práctica un régimen de control eficaz para su organización, ha suministrado medios apropiados para desarrollar las tareas encomendadas y ha seleccionado empleados idóneos para el desarrollo de las labores. En sentido contrario, ese garante originario será responsable cuando implementa un método de organización defectuoso o inadecuado.

En igual sentido, Rodríguez Estévez (2016) señala que el empresario asume una posición de garante por su rol institucional, aunque también advierte que su compromiso de control de riesgos no es general ni absoluto.

La imposición y adopción de programas de cumplimiento en determinados sectores, obliga a señalar que estos son un instrumento necesario para ejercitar el debido control, o como un sector de la doctrina los define al señalar que:

> Se trata de programas dirigidos a que se cumplan determinadas prohibiciones y mandatos penales en el ejercicio de la actividad social como ejercicio del debido control de la empresa de que sus administradores y empleados no cometan delitos en su favor. En tal sentido son también programas de prevención penal. Son programas de cumplimiento, de control y de prevención. (Lascurain, 2016, p. 270).

Es claro entonces, que en una empresa bien organizada debe existir un buen sistema de delegaciones que establezca claras responsabilidades de control de las conductas para evitar su carácter delictivo. Frente a lo anterior, es preciso señalar, en concordancia con el planteamiento de Zugaldía Espinar (2013), que la figura del *actuar en nombre de otro* no tiene relación con el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con el que normalmente suele confundírsele como consecuencia de errores normativos y jurisprudenciales. Lo anterior, toda vez que no es un precepto concebido para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas ni para determinar la responsabilidad penal de las personas físicas por los delitos cometidos.

Lo expuesto se presenta en el marco de personas jurídicas en general o de sociedades mercantiles en particular. Tal regulación antes que referirse a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se erige en un mecanismo para colmar lagunas de punibilidad en delitos especiales propios y hacer viable condenar como autor de un delito especial a la persona física, que pese a haber lesionado un bien jurídico de manera significativa no encuadra en el tipo penal

al no ostentar la cualificación necesaria para poder ser catalogada como autora del mismo. Todo ello a través de la denominada cláusula de transferencia, que integra una causa de extensión del tipo o de la autoría.

También resulta pertinente señalar, coincidiendo con Fernández Castejón (2017), que las empresas y sus agentes internos han pasado de ser prácticamente ignorados por el derecho penal a tener un papel protagónico. Este cambio que se da en el escenario de la dogmática obedece a la incidencia de la delincuencia económico-empresarial que obliga a tomar medidas que permitan aprehender nuevos supuestos no abarcados por las concepciones preexistentes.

Esto, porque las empresas asumidas como organizaciones de personas que interactúan entre ellas y con el entorno, dan lugar a nuevas oportunidades delictivas, que varían según se trate de empresas más o menos complejas. El incremento y la complejidad estructural traen consigo un aumento de la dificultad de individualización de la responsabilidad penal en la estructura empresarial. Por ello, en el caso de los altos directivos o de los miembros de los órganos de dirección, es necesario establecer criterios claros de individualización de la responsabilidad penal.

Para concluir esta parte del escrito y en aras de mostrar aquello que ha pasado en el ordenamiento jurídico colombiano, es menester decir que, la normatividad procesal penal desde tiempo atrás, ha contemplado la posibilidad de vincular a las instituciones o entidades para las que el profesional de la salud presta su servicio al proceso penal, en calidad de tercero civilmente responsable, en la eventualidad de que durante la prestación del servicio se causen daños a la vida o a la integridad del usuario de los servicios de salud.

Es necesario aclarar que las oportunidades para la vinculación procesal y las posibilidades de intervención varían dependiendo del régimen procesal aplicable, esto es, la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004. Esto, en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, que no solamente podía exigirse directamente al profesional de la salud, sino también a quienes a la luz de la ley tuvieran la calidad de tercero civilmente responsable, que en este caso podrían ser la IPS, la EPS o ambas.

Este estudio trasciende esa perspectiva, pero no la excluye. No se trata de examinar la eventual responsabilidad penal del profesional o profesionales de la salud que adoptan los parámetros fijados de manera explícita o implícita por su IPS o por la EPS a la que se encuentra adscrita esta, incumple sus deberes profesionales al no atender de manera adecuada al usuario, ya sea porque no le dedicó el tiempo necesario para establecer su verdadero estado de salud o porque

habiendo establecido su estado no le ordena los medicamentos o procedimientos adecuados según su situación médica, porque hacen parte de las *lista negra* definida implícitamente por la entidad, hecho que repercute negativamente en la salud del usuario.

La situación puede presentar variantes porque, puede suceder, que el profesional de la salud obrando conforme su deber de cuidado ordena los medicamentos o procedimientos, pero los funcionarios de la IPS o de la EPS entraban su realización al no autorizar su suministro o ejecución con consecuencias negativas para la salud del usuario, porque en la mayoría de los casos a pesar de la pertinencia de lo ordenado por el médico tratante supeditan su suministro a que sea ordenado por un juez mediante un fallo de tutela.

En estos casos, la preocupación se dirige a establecer, si presentándose este tipo de situaciones que obedecen a políticas fijadas por las entidades de salud, le es atribuible responsabilidad a sus directivos o a la empresa misma y, de ser así, en qué circunstancias podría deducírseles.

3. Evolución y discusión en Colombia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus directivos

Una revisión de la doctrina nacional pone en evidencia que dicha posibilidad no es nueva en nuestro ámbito jurídico. En tal sentido, Pérez (1981) señala que tal pretensión se manifestó desde el Congreso Internacional de Derecho Penal reunido en Bucarest en 1928 e indica que en el proyecto de Código elaborado por Demetrio Porras, en 1889, siguiendo el Código español de Silvela, le dio cabida a la punibilidad de las personas morales.

Esta ha sido una discusión recurrente en la doctrina colombiana, pasando de la posición de negar radicalmente tal eventualidad a la incorporación en el ordenamiento jurídico a través de la Ley 599 de 2000, de la autoría por representación, también denominada *actuar por otro* o *actuar en lugar de otro*, que para algunos constituye un paso inicial en la dirección del establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta un debate mucho más abierto en el que se contempla seriamente dicha posibilidad.

La preocupación del legislador no ha parado en este punto y con posterioridad se incorporó mediante el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, la posibilidad de suspender y cancelar la personería jurídica de personas jurídicas en el régimen procesal penal, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades ilícitas. Estas medidas pueden tener carácter provisional hasta llegar a ser definitivas, si

así se contempla en la respectiva sentencia. A esta disposición se suman aquellas que contemplan medidas contra personas jurídicas cuando son utilizadas en conductas o prácticas que comprometen los recursos estatales.

Igualmente, siguiendo una línea que se había empezado a definir previamente, consistente en fortalecer la protección penal de los intereses y funcionamiento del sector de la salud, se incorporó a partir del artículo 22 de la Ley 1474 de 2011, el tipo penal de omisión de control en el sector de la salud orientado a sancionar al empleado de una entidad vigilada por la Superintendencia de Salud, que procurando ocultar o encubrir un acto de corrupción, omita el cumplimiento de los mecanismos de control para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud.

La Corte Constitucional a través de Sentencia C-558 (2004) ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular, indicando lo siguiente:

> Pero, del análisis de la disposición acusada, puede establecerse que se trata de un instrumento de carácter procesal, previsto para que el funcionario investigador o fallador, en el curso de un proceso penal, iniciado contra una persona natural o jurídica, intervenga mediante la toma de ciertas medidas, a fin de evitar que un bien jurídico protegido se continúe lesionado, cuando en cualquier momento del proceso encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones, locales o establecimientos abiertos al público al desarrollo de actividades delictivas.
> (…) Por lo tanto, las medidas preventivas consagradas en la norma acusada, buscan la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, consistente en proteger los derechos de la sociedad de las actuaciones delictivas que se vienen realizando por medio de personas jurídicas, sociedades u organizaciones, o sus locales o establecimientos abiertos al público, pues al paralizarse dicha conducta punible, se impide que el hecho delictivo se siga prolongando en el tiempo y continúe afectando bienes jurídicos que la Constitución ha querido proteger, procurándose de tal manera el restablecimiento del derecho y el cumplimiento por parte del Estado de los deberes constitucionales de protección, en los términos del artículo 2 de la Carta Política. (s.p).

Dígase, además, que en su momento el legislador tomó la determinación de incluir en la legislación penal colombiana la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas, limitándola a delitos relacionados con la protección de los recursos naturales y del medio ambiente, norma que decayó como consecuencia del control constitucional, pero justamente le permitió a la Corte hacer una

serie de precisiones sobre la viabilidad constitucional de introducir este tipo de atribución de responsabilidad.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-674 (1998), consideró plausible, dentro del ordenamiento penal colombiano, la sanción a las personas jurídicas al examinar las normas que contemplaban tal posibilidad frente a infracciones que afectaban el medio ambiente y lo argumentó en los siguientes términos:

> 4. A la ley no se le prohíbe sancionar el abuso de la personalidad jurídica. La utilización del esquema societario con móviles penales o de enriquecimiento ilícito, aparte de implicar para sus gestores sanciones privativas de la libertad, puede legítimamente dar lugar a variadas reacciones del ordenamiento jurídico en relación con los actos societarios, el objeto social, el patrimonio social o la persona jurídica misma.
>
> En el campo de ciertos delitos la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad. Es el caso de los delitos vinculados con el lavado del dinero proveniente del enriquecimiento ilícito, de los delitos financieros que afectan a los pequeños ahorradores, de los delitos de peligro común o que puedan causar grave perjuicio para la comunidad, de los delitos que amenacen el ambiente o causen daños en él, de los delitos cometidos contra los consumidores, etc. En una economía dominada por los grandes capitales, las acciones sociales gravemente desviadas no pueden siempre analizarse a partir del agente individual. De otro lado, la realización de hechos punibles en el seno de las empresas (delincuencia económica y ecológica), puede en muchos casos corresponder a políticas no explícitas que se desarrollan a través de períodos largos de tiempo y, además, a esquemas de acción que abarcan de manera más o menos intensa a empleados que no solo constantemente se renuevan, sino que apenas controlan procesos aislados de la compañía que, no obstante todo esto, se encuentra globalmente incursa en una actividad contraria a las normas penales y resulta ser beneficiaria real de sus resultados.
>
> (…) La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. Es un asunto, por tanto, que se libra dentro del marco de la Carta a la libertad de configuración normativa del legislador y, concretamente, a su política sancionatoria, la cual puede estimar necesario por lo menos, en ciertos supuestos, trascender el ámbito sancionatorio donde reina exclusivamente la persona natural —muchas veces ejecutora ciega de designios corporativos provenientes de sus centros hegemónicos—, para ocuparse directamente de los focos del poder que se refugian en la autonomía

> reconocida por la ley y en los medios que esta pone a su disposición para atentar de manera grave contra los más altos valores y bienes sociales. (s.p.).

Al analizar las posibilidades de extender con los instrumentos legales actualmente existentes, o la necesidad de regular expresamente el asunto, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional a través de Sentencia C-674 (1998) abrió el camino para empezar a recorrerlo cuando dijo:

> La imputación penal de ciertos delitos a las personas jurídicas no se deduce con fundamento en el puro nexo de autoría jurídica. Es indispensable a este respecto que la violación penal se haya cometido en el interés objetivo de la persona jurídica o que esta haya reportado beneficio material del mismo. La persona jurídica está sujeta al cumplimiento de variados patrones de diligencia en el ejercicio de su objeto (culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*). Así como el legislador civil gradúa las culpas, el legislador penal hace lo propio y consagra tipos penales en los que el ingrediente del delito lo constituye el dolo o la culpa. El reconocimiento de capacidad penal a las personas jurídicas exige que en su caso por fuerza la culpabilidad esté referida a un esquema objetivo que tome en consideración la forma particular como se coordinan los medios puestos por la ley a su disposición en relación con el fin por ellas perseguido, de modo que con base en este examen se deduzca su intención o negligencia. En este sentido es importante precisar que, si bien el objeto social contrario a la ley excluye el discernimiento o asunción de la personalidad jurídica, las actuaciones societarias que en desarrollo de este se cumplan con menoscabo de la ley por regla general no son incompatibles con dicha personalidad, aunque ciertamente exponen al ente corporativo a recibir las respectivas sanciones consagradas en aquélla. (s.p.).

La secuencia mostrada devela que la penalización directa a las personas jurídicas no ha sido ajena al ordenamiento jurídico colombiano, que indirectamente ha impuesto sanciones a personas jurídicas que no han sido vinculadas al proceso penal y la jurisprudencia constitucional dejó claro que tal posibilidad es admisible desde el punto de vista constitucional. Lo anterior, a pesar de que no se ha concretado en el ordenamiento colombiano por causa de los errores en que ha incurrido el Congreso. Teniendo en cuenta que esta es una posibilidad real, enseguida se examinará aquello que pasa en el ámbito de las personas jurídicas adscritas al sector de la salud y a sus directivos cuando se ven implicados en situaciones que se concretan en la vulneración o amenaza de la vida o la salud de los usuarios del sistema de salud.

4. Debate sobre la posibilidad de deducir responsabilidad penal a personas jurídicas y directivos en el sector de la salud

Como se advirtió al inicio de este escrito, al asunto que aquí interesa es el relacionado con los criterios por tener en cuenta para deducir responsabilidad como consecuencia de las conductas típicas producidas en el desarrollo de actividades en el sector de la salud. En este caso concreto en IPS, a los directivos de las mismas y a los directivos de las EPS a la que se encuentre adscrita, cuando se logre demostrar que tal situación es atribuible a planes, directrices o instrucciones impartidas por estos, de manera general o específica.

Para ello, el punto de partida necesario es el análisis de la conducta desplegada por el profesional o profesionales de la salud que tuvieron a su cargo la prestación del servicio de salud, asumiendo que se produjo una acción u omisión de estos que trajo como consecuencia la vulneración o afectación de la vida o integridad física del paciente.

El paso siguiente implica establecer, que tal comportamiento del personal médico fue determinado por las políticas o instrucciones de la IPS siguiendo los lineamientos de la EPS, cuyo incumplimiento en muchos casos acarrea la sanción o desvinculación laboral del profesional que no los observe o porque a pesar de haber obrado conforme los dictados de la profesión correspondiente, la orden del médico no es cumplida para sujetarlas a autorizaciones o condicionamientos impuestos por las instancias administrativas de dichas instituciones, con consecuencias negativas para la salud o integridad del usuario del servicio.

En este caso, interesa es identificar el fundamento legal y dogmático para atribuir responsabilidad a los directivos a pesar de que no tuvieron intervención directa frente al caso o solo dieron instrucciones o negaron autorizaciones que influyeron en el tratamiento.

Las personas jurídicas que hacen parte del sistema de salud y bajo cuya egida se desarrollan las actividades médico asistenciales cuentan con representante legal y delegados para la administración y gestión del sistema, personas que, en oportunidades, como se indicó, niegan la prestación oportuna y adecuada del servicio de salud, pese a lo cual regularmente no se ven envueltos en responsabilidad penal alguna.

Resulta importante y necesario destacar que la Ley Estatutaria en Salud impone al Congreso la tarea de definir las sanciones penales aplicables a los representantes legales a cargo de la prestación del servicio. Aunque es pertinente señalar que, para algún sector, no es necesario que se expida una ley que defina

algunos tipos penales especiales para ello, en la medida en que tal responsabilidad se puede derivar de la que califican como posición de garante por injerencia de los directores clínicos que excepcionalmente podrían responder por homicidio o lesiones, tal como por ejemplo sostiene Valencia Caballero (2015).

Dentro del listado de las situaciones que con lamentable frecuencia se presentan en Colombia, tenemos a pacientes que deben esperar horas para que les brinden atención de urgencias, casos en los que no son autorizadas las remisiones o en los que se retardan las consultas con especialistas. También existen casos en los cuales los pacientes mueren en medio del llamado *paseo de la muerte*, situaciones en las que no se dispone de ambulancia o contando con ella está averiada o incluso clínicas y hospitales que sin cumplir con normas de habilitación prestan el servicio de manera riesgosa e irresponsable.

Por la trascendencia que para este estudio tiene, importa analizar uno de los pocos casos en los que la acción penal derivada de una situación anómala en el desarrollo de la atención médica dentro del sistema de salud no solo se dirigió contra los profesionales de la salud involucrados, sino que también analizó la responsabilidad penal del gerente de una EPS, que ameritó pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia 32582 de 28 de octubre de 2009).

En este caso, una paciente que ingresa con una patología a la entidad de salud y presenta un infarto en ese momento, debe ser sometida a un examen especializado, que no le es autorizado de manera inmediata y por ello debe acudir a la acción de tutela para obtener su autorización en virtud. Le realizan el examen trece (13) días después y, a partir de ese momento, se le practicaron una serie de exámenes, pese a lo cual dicha paciente muere.

En este caso, la primera instancia absolvió al gerente de la EPS, el Tribunal Superior lo condenó al considerar que no autorizó el procedimiento inmediatamente, acto que podría haber salvado la vida del paciente y, por su parte, la Corte Suprema de Justicia adujo que la posición de garante se predica de la asunción del riesgo. En ese caso, consideró que aquella debe sujetarse al ámbito de competencia del gerente, entendiendo que la paciente no fue operada el mismo día por razones estrictamente administrativas y no médicas.

Más allá de la casuística, resulta relevante destacar que la Corte consideró que el gerente sí tenía deber legal de garantía para con la usuaria por cuanto ella estaba afiliada a la EPS, pero su ámbito de competencia se predicaba de la parte administrativa. Concretamente no descartó la posibilidad de atribuirles resultados típicos a los directores por las muertes o lesiones de quienes utilizan el

sistema de salud, con ocasión de la infracción de los deberes del gerente dentro del ámbito de su competencia administrativa.

Junto a este caso, Valencia Caballero (2015) plantea otras situaciones que han sido examinadas y resueltas por otras jurisdicciones, pero que ilustran eventualidades en las que las decisiones administrativas que determinan el funcionamiento del sistema de salud inciden en la actividad médica. Estas acciones perfectamente podrían estudiarse desde la perspectiva pena, así, por ejemplo, cuando a pesar de la orden médica de remisión inmediata de un paciente a una institución de salud, esta solo se hace efectiva varios días después de su emisión produciendo una lesión irreversible al paciente.

También se puede analizar el caso en el que se ordena un tratamiento especializado a un paciente, pero es negado porque la institución no contaba con el especialista correspondiente. Sin embargo, a pesar de haber sido ordenado a través de un fallo de tutela, la institución retardó la autorización y cuando lo hizo ya el perjuicio se había producido. De la misma manera, cuando se permite que un especialista —anestesiólogo— participe de manera simultánea en varias intervenciones o delega el cuidado del paciente a una persona que no tenía la idoneidad requerida y que no fue capaz de sortear la dificultad que sobrevino, con el lamentable deceso del paciente, en general, da cuenta de reiteradas situaciones en las que no se materializan las órdenes médicas en cuanto a remisiones, las modalidades de contratación que no garantizan la prestación del servicio de manera adecuada y continua.

Estos casos han sido regularmente resueltos analizando la responsabilidad penal de los profesionales de la salud involucrados directamente en el acto médico y derivando responsabilidad civil para las instituciones de la salud involucradas. Pero en muy contadas oportunidades se ha discutido la responsabilidad penal de las personas que hacen parte de la cadena de dirección y que con sus directrices o con decisiones concretas han afectado significativamente la dinámica de la atención y provocado consecuencias negativas para los pacientes.

Una justificación que emerge de manera inmediata, tiene que ver con el carácter de disciplina de *ultima ratio* del derecho penal, considerando que las sanciones administrativas y económicas de que son objeto las instituciones y las disciplinarias que pueden llegar a aplicarse a los directivos son suficientes, por lo cual no es necesario acudir al derecho penal. Frente a este planteamiento debe acudirse a un argumento fundamentado en la realidad, según el cual, este tipo de sanciones no han provocado cambios en las políticas administrativas de las entidades encargadas de los servicios de salud. Por ello, se impone un

replanteamiento para utilizar el derecho penal como última herramienta efectiva para "garantizar que el servicio de salud en Colombia se preste de manera adecuada y oportuna, y de contera se materialice la garantía de derecho fundamental, inclusive por encima de cualquier política de disponibilidad fiscal" (Valencia Caballero, 2015, p. 68).

Valencia Caballero (2015) advierte que tal posición no puede ser entendida como la posibilidad de imputar a los administradores todos los casos que se presenten dentro del sistema, sino únicamente aquellos en los que, con ocasión de la posición de garante por injerencia, es atribuible a los administradores al haber creado un riesgo antijurídico próximo para el usuario del servicio. Este se concreta en la lesión o muerte, siempre que el riesgo en mención se presente dentro del ámbito de las funciones administrativas del responsable del sistema de salud.

Claramente influido por posturas normativistas, Valencia Caballero (2015) justifica la intervención penal a partir de criterios propios de la teoría de la imputación objetiva, advirtiendo que es constitucionalmente admisible la intervención penal en la medida en que los administradores omiten sus deberes de competencia y con ello los pacientes resultan afectados, situación que amerita juicio de responsabilidad en los términos del artículo 78 constitucional. Siguiendo esta línea de razonamiento, sostiene que, si el administrador del servicio de salud no ha actuado conforme los principios que lo rigen impidiendo su adecuada prestación, la pena que se le pueda imponer no es expresión de una visión meramente retribucionista, sino de la reafirmación del carácter fundamental del derecho a la salud.

La referencia y discusión con las tesis de Valencia Caballero que aquí se plantean, se justifican por tratarse de uno de los pocos escritos que se ha ocupado de uno de los ejes problemáticos que aquí se ha plantado. En tal línea, es válido precisar que, Valencia Caballero (2015) sostiene que a los administradores del sistema de salud se les puede atribuir posición de garante por injerencia, siempre que dentro del ámbito de su competencia infrinjan algunos de los deberes *in vigilando* o *in eligendo* sobre el servicio médico prestado por sus subalternos o cuando no garanticen directamente la prestación adecuada del servicio en las entidades que dirigen.

Respecto de los deberes *in vigilando* debe decirse que corresponde al administrador tomar todas las medidas de vigilancia necesarias para que, en el marco de la estructura organizacional, no se presenten eventos adversos. Por lo tanto, si no cumple con los principios de la seguridad social tantas veces

mencionados, adquiere posición de garante por haberse entrometido desde su competencia organizacional en la esfera de organización del paciente.

En cuanto a los deberes *in eligendo*, corresponde al administrador, dependiendo del nivel y especialidad de la institución, asegurar que el servicio se imparta por profesionales idóneos, por lo tanto, es su deber elegir y designar a los profesionales que cuentan con la capacitación suficiente para el ejercicio de la función. Finalmente, en cuanto a los deberes propios de los administradores, se alude a aquellas eventualidades en los que el director debe resolver, dentro del ámbito de sus funciones, los problemas de prestación del servicio de manera directa sin que pueda delegar sus deberes como, por ejemplo, la autorización de un servicio que resulta esencial, lo relacionado con la atención inicial de urgencia o cuando se autoriza la prestación de un servicio sin estar habilitado para ello.

Por su parte, Abello Gual (2013) precisa que en muchas oportunidades es posible reprochar a gerentes y administradores de hospitales como consecuencia de la manera negligente en que controlan los peligros derivados del funcionamiento de una institución de esta naturaleza, ya sea por la deficiente organización de la estructura hospitalaria, o por la omisión de los controles necesarios para evitar peligros previsibles.

Esto, además, porque en muchos casos los problemas organizacionales y administrativos tienen incidencia en los errores médicos y porque también sucede que el conocimiento y solución de algún problema logístico se encuentra más en la órbita de los administradores que del médico tratante. Por ejemplo, no contar con personal suficiente para atender la demanda de servicio, no contar con personal calificado o idóneo para las diferentes situaciones que se presentan, los extensos turnos a los que se somete al personal sanitario, la falta de mantenimiento a los equipos utilizados en la institución, la falta de instalaciones adecuadas para la prestación del servicio o el incumplimiento de parámetros sanitarios tanto de implementos como de procedimientos.

Ahondando en el tema, Abello Gual (2013) sostiene que los administradores de hospitales e incluso los socios tienen posición de garante porque el hospital constituye una fuente de riesgo por los peligros que entraña su operatividad y los dueños y administradores han asumido la obligación de vigilar esa fuente de riesgo.

Teniendo en cuenta que el actual Código Penal colombiano fue anunciado como de textura abierta o de dogmática abierta, son admisibles las soluciones planteadas a partir de la teoría de la imputación objetiva, en especial si se tiene

en cuenta que la formula contenida en el artículo 9 según la cual, *la causalidad por sí sola no es suficiente para la imputación jurídica del resultado,* abre claros espacios a dicha teoría y que la regulación de los parámetros de la omisión impropia en el artículo 25 dan cabida a considerar a las personas jurídicas que hacen parte del sector de la salud como garantes y, dentro de ellas, a sus administradores, no resulta carente de sustento teórico y normativo la propuesta sustentada por Valencia Caballero.

De otro lado, se ha considerado la posibilidad de resolver el asunto acudiendo a los criterios desarrollados por la teoría penal, en torno a la autoría mediata a través de estructuras de poder, entendiendo la estructura propia de las EPS y las IPS como una estructura jerarquizada, en la que los médicos y profesionales de la salud serían los ejecutores que podrían participar en las conductas violatorias de los principios que rigen la seguridad social y, por ende, contrarios a sus deberes funcionales de manera consciente o inconsciente en comportamientos delictuales serían fungibles, reemplazables o intercambiables, y los hombres de atrás serían los directivos.

Esto implicaría un replanteamiento de la teoría expuesta por Roxin, para hacerla compatible con estructuras que no son ilegales en sus orígenes, pero que en su accionar se alejan del derecho al privilegiar sus intereses económicos frente al derecho a la vida y a la salud de los usuarios, violando de esa manera los principios constitucionales que rigen el sistema. Naturalmente, este planteamiento enfrentará las críticas que ya han soportado quienes justifican la utilización de esta modalidad de autoría en el contexto colombiano, sustentadas en que violan el principio de legalidad, pero se parte de la base de que el derecho es dinámico y no se puede descartar esta opción aferrándonos a construcciones teóricas susceptibles de ser ajustadas a las realidades específicas.

Finalmente, nuestro ordenamiento no permite desde la parte sustancial imponer sanciones a las personas jurídicas, porque para ello se requeriría una fórmula similar o equivalente a la que se adoptó en la legislación española. No obstante, creemos que además de las sanciones que puedan derivarse de los juicios administrativos o civiles en contra de dichas entidades, deben explorar los operadores judiciales la posibilidad de producir un efecto equivalente al que se contempla en dicha legislación. Lo anterior, a través de la utilización de las herramientas que ofrece la legislación procesal para ordenar la suspensión de la personería o la liquidación de la sociedad, siempre que se demuestre que esta se ha convertido en un vehículo para la comisión de este tipo de delitos.

Se impone reconocer que estas disposiciones tienen limitaciones que impedirían que se les utilizara como fórmula general, puesto que difícilmente con los controles existentes para la autorización del funcionamiento de estas entidades pueda surgir una con el propósito específico de delinquir, aunque la reiteración demostrada en este tipo de prácticas justificaría considerar esta posibilidad.

Referencias

Abello Gual, J. A. (2013). La responsabilidad penal de los gerentes y administradores de los centros hospitalarios, por delitos cometidos en desarrollo de actividades médicas en Colombia. En R. Posada (Coordinador), *Discriminación. Principio de jurisdicción universal y temas de derecho penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.

Barona Betancourt, R. (2014). *Los prestadores de servicios de salud*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.

Berruezo, R. (2007). *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

Colombia. Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Ley 599 de 2000. Por el cual se expide el Código Penal.

Colombia. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004).

Colombia. Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos corruptos y la efectividad del control de la gestión pública.

Cúneo Libarona, R. (2011). *Responsabilidad penal del empresario.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Decreto 1011 de 2006. (3 de abril de 2006). *Diario oficial,* (46.230). Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1011_2006.htm

Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

Dueñas Ruiz, O. J. (2012). *Constitucionalización e internacionalización de los derechos a la salud y a la pensión.* Bogotá. Colombia: Universidad del Rosario.

Fernández Castejón, E. B. (2017). *Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE. UU. ¿Un modelo para el derecho penal español?* Barcelona, España: Bosh editor.

Fernández Muñoz, M. (2014). La transposición del modelo de consumo al campo médico-sanitario. En J. M. Gual Acosta y J. C. Villalba Cuellar (Directores), *Derecho del Consumo. Problemáticas actuales*. Bogotá. Colombia. Universidad Santo Tomas: Editorial Ibáñez.

Gascón Inchausti, F. (2012). *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid, España: Marcial Pons.

Gil Botero, E. (2012). *La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud.* Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Lascuraín, J. A. (2016). *Compliance*, debido control y unos refrescos. En A. G. Chirinos y N. Gutiérrez (Directores), *Tendencias actuales en derecho penal y política criminal. El pensamiento penal entre Europa y América Latina.* Lima, Perú: Ideas Solución Editorial.

López Barja de Quiroga, J. (2010) *Tratado de derecho penal. Parte General.* Pamplona, España: Civitas. Thomson Reuters.

Núñez, R. (1959). *Derecho Penal Argentino.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.

Pérez, L. C. (1981). *Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo I*. Bogotá, Colombia: Temis.

Rodríguez Estévez, J. M. (2016). *Riesgo penal para directivos de empresa.* Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

Sentencia C-674. (1998). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-558. (2004). Corte Constitucional de Colombia. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia 32582. (2009). Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

Schunemann, B. (2002). *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio.* Madrid, España: Editorial Tecnos.

Valencia Caballero, C. J. (2015). *La responsabilidad penal de los administradores del sistema de salud.* Medellín, Colombia: Universidad de Santander y Biblioteca Jurídica Dike.

Zugaldía Espinar, J. M. (2013). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos.* Valencia, España: Tirant lo Blanch.